

Erster Teil.

Von der Gesellschaft im Recht zum Recht der Gesellschaft: Juridische Adressierungen des Sozialen

In der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts dominiert die Historische Rechtsschule die deutsche Rechtswissenschaft (vgl. Schröder 2012: 194ff.; Wieacker 1996: 348ff.). Sie entfaltet sowohl in sachlicher wie in geographischer Hinsicht eine enorme Breitenwirkung, weit über die deutschen Privatrechtswissenschaften hinaus, in denen sie ihre Ursprünge hat. Seitdem gilt: An der Historischen Rechtsschule ist kein Vorbeikommen – nicht nur, weil sie die juristischen Lehren grundlegend veränderte, sondern auch, weil sie über ihre Theorie des Rechts einen „Apparat allgemeiner Ideen“ (Jhering 1861: 364) entwickelte, der das Recht in ein direktes Verhältnis zu einer vom Staat unabhängigen Sozialsphäre setzt und es dadurch mit Blick auf die gesellschaftliche Wirklichkeit nachhaltig zu problematisieren vermag.

Wenn nun diese Sozialsphäre Gegenstand der rechtswissenschaftlichen Überlegungen wird, tritt das epistemische Ding ‚Gesellschaft‘ in den rechtswissenschaftlichen Diskurs ein. Die Problematisierung des Verhältnisses von Recht und Gesellschaft erfolgt dabei je nach Notlage (*urgence*), auf die reagiert wird, in unterschiedlicher Weise: als Repräsentationsdispositiv im Rahmen der Debatten um die Kodifikation und der Kritik an der Historischen Rechtsschule, als gesellschaftsfunktionales Zweckdispositiv im Streit über die soziale Aufgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) und als normatives Zweckdispositiv im juristischen Methodenstreit zu Beginn des 20. Jahrhunderts. Es lässt sich ein Wandel von der Suche nach der Gesellschaft im Recht hin zur Bestimmung des Rechts der Gesellschaft feststellen, in dem die Rechtswissenschaft die umfassende Sozialsphäre, d.h. die Gesellschaft und später dann die Soziologie, auf je unterschiedliche Weise adressiert. Mit diesen juridischen Adressierungen des Sozialen entfalten sich zugleich unterschiedliche strategische Effekte für die Frage der Autonomie des Rechts, des Verhältnisses von Recht und Macht, aber auch der wissenschaftstheoretischen Debatten um die Erkenntnisweisen des Rechts.

§ 2. Die Entdeckung der Gesellschaft im Privatrecht: Das Repräsentationsdispositiv der Historischen Rechtsschule (1814–ca. 1860er Jahre)

Zu den Gründungsdokumenten der Historischen Rechtsschule gehört die Schrift *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* des Romanisten Friedrich Carl von Savigny aus dem Jahre 1814.⁶⁶ Der Ort, an dem Savigny seine grundlegenden Ideen breitenwirksam kundtut, ist keine wissenschaftliche Debatte, sondern eine politische: der sogenannte Kodifikationsstreit Anfang des 19. Jahrhunderts.

I. L'urgence: Die drohende Kodifikation (Anton Friedrich Justus Thibaut)

Nach der Völkerschlacht bei Leipzig 1813 und der Auflösung des Rheinbundes werden Forderungen nach einer per Gesetzgebung herzustellenden deutschen Rechtseinheit (wieder) verstärkt erhoben.⁶⁷ Ausgangspunkt ist ein radikaler Rechtspluralismus in den deutschen Gebieten: Das Neben-, Gegen- und Nacheinander von lokalen Statuten, Gewohnheitsrecht, Stadt- und Landrechten, Reichsgewohnheiten, Reichsgesetzen, kanonischem und römischem Recht sowie zunehmend auch Partikularrechten führt zu dem zentralen Problem, welches Recht vor Gericht überhaupt Anwendung finden müsse. Das römische Recht, auch das gemeine (da all-

⁶⁶ Savigny selbst bekräftigt im Jahr 1850, wie wichtig diese Flugschrift für sein gesamtes Vorgehen sei (vgl. Savigny 1850b: 105) – und damit für dasjenige der Historischen Rechtsschule. Von der ausufernden Literatur über Savigny (1779–1861) vgl. zu Leben und Wirken insbesondere Rückert 1984, zur Bedeutung seines Werkes für die Rechtswissenschaft sei auf die umfassende Literaturliste in Kleinheyer, Schröder 2017: 386ff. verwiesen.

⁶⁷ Bereits in der Spätphase des Heiligen Römischen Reiches wird eine lebhaft Diskussion über die Frage der Herstellung einer Rechtseinheit mittels Gesetzgebung in Deutschland geführt. In den Rheinbundstaaten setzt man diese Debatte angesichts der Rezeption des *Code Napoleon* unter veränderten Vorzeichen fort, und sie kommt auch im Folgenden trotz Kodifikationsstreit und Durchsetzung der kodifikationsfeindlichen Historischen Rechtsschule auf der Ebene der Rechtsdogmatik und -methodik keinesfalls zum Erliegen (vgl. hierzu die ausführliche Studie von Schöler 2004).

gemein verbreitete) Recht genannt, kommt in der Regel subsidiär zur Anwendung (kritisch hierzu Oestmann 2002).⁶⁸ Allerdings gerät es seit Ende des 18. Jahrhunderts aufgrund der Schaffung neuer, territorialstaatlicher Gesetzbücher zunehmend unter Druck, zielen doch nicht wenige solcher naturrechtlich inspirierter Partikularrechte – wie etwa das Preußische Allgemeine Landrecht (ALR) – auf dessen vollständige Ablösung.⁶⁹

Eine gemeinsame Kodifikation des Zivilrechts wird als drängendes Problem erachtet – nicht nur aus sehr praktischen und wirtschaftlichen Gründen, sondern vor allem motiviert durch ein erstarktes Nationalgefühl.⁷⁰ Zahlreiche Abhandlungen befassen sich in den Jahren 1813/14 mit dem Gedanken der Rechtseinheit (vgl. Wrobel 1975: 44ff.; Stern 1959: 8f., jeweils m.w.N.). Eine der prominentesten Stimmen ist diejenige von Anton Friedrich Justus Thibaut (1772–1840), seit 1805 Professor für römisches Recht an der Universität Heidelberg. 1814 veröffentlichte er seine Flugschrift *Über die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuchs für Deutschland* (Thibaut 1959 [1814]), auf dessen erste Ausgabe Savigny mit dem *Beruf* noch im selben Jahr reagiert.⁷¹

Für Thibaut stellt sich die Frage eines nationalen Gesetzbuches nach den Befreiungskriegen mit absoluter Dringlichkeit: Die Zeichen der Zeit

68 Das gemeine Recht (*ius commune*) umfasst neben der Sammlung des antiken römischen Rechts im *Corpus iuris civilis* des Kaisers Justinian auch die Sammlung des kanonischen Rechts im *Corpus iuris canonici*, d.h. das Recht der römisch-katholischen Kirche (vgl. zum *ius commune* Repgen 2007).

69 Zudem verschwand 1806 mit der Reichskammergerichtsordnung das letzte Reichsgesetz, das die Anwendung des *ius commune* vor Gericht ausdrücklich vorgeschrieben hatte. Dies führte zu einer Legitimationskrise. Kritiker des *ius commune* gingen nun davon aus, es gelte nur noch territoriales Recht. Denn spreche sich ein Territorium – wie die meisten – nicht ausdrücklich für das gemeine Recht aus, so gelte es nicht mehr (vgl. Haferkamp 2010: 84 m.w.N.; 2004: 161ff.).

70 Hierbei lassen sich die Positionen nicht eindeutig politisch zuordnen: Die Forderung wird in den 1810er Jahren sowohl von Befürwortern einer ständisch gegliederten Gesellschaft als auch von Befürwortern einer ‚bürgerlichen‘ Gesellschaft erhoben. Auch stehen in der rechtswissenschaftlichen Debatte nicht die wirtschaftspolitischen Überlegungen im Vordergrund, sondern die Stärkung des deutschen Nationalgefühls (vgl. Schöler 2004: 129; anders aus marxistischer Perspektive jedoch Wrobel 1975; Klenner 1991).

71 Veranlasst wurde Thibauts Schrift durch August Wilhelm Rehbergs Arbeit *Ueber den Code Napoleon und dessen Einführung in Deutschland* (1814), in der dieser sich unter polemischen Angriffen auf den *Code Napoleon* für eine Rückkehr zu den alten Verhältnissen ausspricht und dabei jede Kodifikation verwirft. Thibaut hatte diese Schrift zunächst in den *Heidelbergischen Jahrbüchern für Litteratur* rezensiert (Thibaut 1840b [1814]), bevor er seine Ansichten noch im gleichen Jahr in der eigenständigen Abhandlung *Über die Nothwendigkeit* ausarbeitet.

„zwingen“ den Patrioten geradezu, seine Wünsche zu äußern, damit „man diesen herrlichen Augenblick benutze, um endlich alte Mißbräuche zu zerstören“ (ebd.: 40, 41 [11]). Ein „einfaches National-Gesetzbuch, mit Deutscher Kraft im Deutschen Geist gearbeitet“, solle die Hindernisse für die „Möglichkeit einer glücklichen Zukunft“ beseitigen (ebd.: 48 [26], 38 [5]). Gerade im Bereich des bürgerlichen Rechts, bei den „heiligsten Verhältnissen des Bürgers“ (ebd.: 40 [10]), herrsche ein eklatanter Missstand und damit ein akuter Handlungsbedarf für das Glück der Deutschen.

Der Grund des Übels ist nach Thibaut in den bestehenden privatrechtlichen Rechtsquellen zu suchen. Sein Urteil über den gegenwärtigen Zustand des Privatrechts fällt vernichtend aus: Das ganze einheimische Recht, d.h. die altdeutschen Gesetzbücher, die Partikulargesetze und etwaige Reichsgesetze, ist in seinen Augen „ein endloser Wust einander widerstreitender, vernichtender, buntschäckiger Bestimmungen, ganz dazu geartet, die Deutschen von einander zu trennen, und den Richtern und Anwälten die gründliche Kenntniß des Rechts unmöglich zu machen“ (ebd.: 42 [14]). Da es außerdem unvollständig sei, müsse man in der Mehrzahl der Fälle auf das römische Recht zurückgreifen. Das mache die Situation aber keinesfalls besser. Denn es handle sich beim römischen Recht um ein Gesetzbuch, dessen Text nicht vorhanden sei; es existiere lediglich „der ganze Wust jämmerlich zerstückelter Fragmente“, zudem noch von einer „inner[n] Schlechtigkeit seiner mehrsten Bestimmungen, besonders in Beziehung auf Deutschland“ (ebd.: 44 [17f.]). Das mache das römische Recht gänzlich unpraktikabel. Sein Hauptmangel liege aber in seiner Herkunft: „[E]s ist das Werk einer uns sehr ungleichen fremden Nation“ (ebd.: 43 [15]). Da die Deutschen nicht die „Römischen Volks-Ideen“ (ebd.: 43 [16]) besäßen, ja einen gänzlich anderen „Volksgeist“ (Thibaut 1840c [1814]: 12) hätten, bleibe das römische Recht letztlich unverständlich: „[D]er wahre Schlüssel dazu wird uns ewig fehlen.“ (Thibaut 1959 [1814]: 43 [16]) Es passe nicht und könne aufgrund dieser Fremdheit auch nicht passend gemacht werden.

Was Thibaut mit Blick auf die Fremdheit des römischen Rechts, aber ebenso bzgl. der anderen Gesetzeswerke geltend macht, sind nicht nur formelle, d.h. technische Mängel, sondern insbesondere eklatante materielle Defizite: Römische Rechtsvorschriften gestalten die bürgerlichen Einrichtungen gerade nicht „weise und zweckmäßig“, da sie sich nicht „nach den Bedürfnissen der Unterthanen“ richten (Thibaut 1959 [1814]: 41 [13]). Damit behandelt Thibaut das Recht als Mittel zum Zweck, und seine Güte bemisst sich anhand der Frage, ob der Zweck erreicht werde, d.h.: ob mit Blick auf die Gegenwart die Gestaltung der rechtlichen Verhältnisse den

„Bedürfnisse[n] des Volkes“ entspreche, sowie ob mit Blick auf die Zukunft das „Bürgerglück“ gefördert werde (ebd.: 46 [23]).

In der zukunftsbezogenen Perspektive wird das Recht als eine Art pädagogisches Instrument der Regierung des Volkes angesehen: Es soll für eine glückliche Zukunft schulen. Denn Thibaut verfolgt mit seiner Befürwortung einer Gesamtkodifikation vor allem ein politisches Ziel: Ihm geht es darum, das Nationalgefühl der Deutschen zu stärken. Recht – v.a. das bürgerliche Recht – sieht er als Integrationsfaktor an.⁷² Durch ein einheitliches Gesetzbuch würde eine innere Einheit der Deutschen entstehen, trotz politischer Trennung durch die verschiedenen Länder und Staaten.⁷³ Denn: „Gleiche Gesetze erzeugen aber gleiche Sitten und Gewohnheiten, und diese Gleichheit hat immer zauberischen Einfluß auf Völkerliebe und Völkertreue gehabt.“ (Ebd.: 51 [33]) Das Volk wird zur normativen politischen Zielgröße. Die Forderungen nach einer Gesetzgebung, das Ob der Kodifikation, ist für Thibaut ein rein politisches und kein wissenschaftliches Problem.⁷⁴ Sie soll letztlich dem Ziel dienen, die nationale Einheit zu stärken und zu festigen.⁷⁵

In der gegenwartsbezogenen Perspektive ist das Volk nicht Produzent des Rechts, sondern sein Adressat, nicht politischer Akteur, sondern Objekt der patrimonialen Fürsorge. Die Bestimmung der „Bedürfnisse des Volkes“ als „Bedürfnisse der Zeit“ bereitet Thibaut dabei keinerlei Proble-

72 Das gilt auch für die Mehrzahl der Kommentatoren und Rezensenten des Streits zwischen Thibaut und Savigny (vgl. Schöler 2004: 129).

73 Thibaut geht es keineswegs um die Frage der künftigen verfassungsmäßigen Neugestaltung Deutschlands. Die Souveränität der einzelnen Staaten tastet er nicht an (vgl. Thibaut 1840c [1814]: 39 [7ff.]). Er zielt allein auf das bürgerliche Recht, das er jenseits der verfassungspolitischen Frage verortet. Konkret schlägt Thibaut vor, ein solches Nationalgesetzbuch kollegial mit Vertretern aus den einzelnen Ländern nach Vernunftmaßstäben auszuhandeln. Das Kollegium sollte dabei aus der geistigen und moralischen Elite seitens der Rechtskundigen bestehen (vgl. insbesondere Thibaut 1838: 397ff.) Das bedeutet, dass das Volk in Thibauts Augen kein politischer Akteur im Gesetzgebungsprozess ist (vgl. Rückert 1984: 163f.) – Mitentscheidungsrechte von Nicht-Juristen lehnt er explizit ab (vgl. Thibaut 1817: 405f.).

74 Die Vermischung der Frage der Kodifikation mit der wissenschaftlichen Behandlung des Rechts beschreibt er später in seiner Kritik der Historischen Rechtsschule als Unsinn (vgl. Thibaut 1838: 402).

75 Es ist umstritten, wie Thibaut mit seinen Vorschlägen politisch einzuordnen ist. Zumeist wird er – mit entsprechenden Spezifikationen – dem liberalen Lager zugeordnet (vgl. zu einer ausführlichen Diskussion der verschiedenen Positionen sowie der Einordnung diesbezüglich Rückert 1984: 168ff.; D. Kaufmann 2014; s.a. Wilhelm 1958: 25ff.; Wieacker 1996: 390f).

me. Er weiß, wie der deutsche ‚Volksgeist‘ zu charakterisieren ist: Die Deutschen sind ein „edles, kräftiges, hochherziges Volk“ (ebd.: 41 [11]), dabei traditionsbewusst, autoritätshörig und bieder (was als Kompliment gemeint ist, vgl. ebd.: 58 [45]). Für dieses Volk gilt:

Der deutsche Sinn ist immer auf das Feste, Mäßige, Einfache gegangen; auf billige, sittliche, häusliche Verhältnisse; Gleichheit der Geschlechter; wohlwollende, achtungsvolle Behandlung der Weiber, besonders der Mütter und Wittwen; weise und kräftige Einwirkung der Obrigkeit in allen Verhältnissen, wo man ihrer bedarf; Einfachheit der Verpflichtungsarten, aber auch dagegen Sicherheit des Eigenthums und der Hypotheken durch wohlgeordnete, offenkundige Staatsanstalten. (Thibaut 1840c [1814]: 12)

Es handelt sich durchwegs um normative Bestimmungen. Das Volk wird durch bestimmte Werte charakterisiert. Als geistige Gebilde haben diese Werte zwar eine lebensweltliche, da volksspezifische Verankerung und müssen sich – so die seit Montesquieu verbreitete Forderung – nach dem besonderen Geist des Volks, nach Zeit, Ort und Umständen richten.⁷⁶ Sie lassen sich jedoch nicht auf empirischem Weg über materialistische oder quantifizierbare Faktoren ermitteln (vgl. Thibaut 1959 [1814]: 60 [51]). Nach Thibaut kann es nicht darum gehen, ob eine Sitte oder eine Gewohnheit weite Verbreitung hat und von vielen ausgeübt wird. Es komme vielmehr darauf an, ob diese „gerechtfertigt“ seien (ebd.: 61 [52]). Das wiederum sei aber eine Frage der Vernunft, d.h. eines Kriteriums, das jenseits des Objekts ‚Volk‘ anzusiedeln ist: „Das Mehrste dabey ist nichts, als reine Vermengung gewöhnlicher Folgen einer Erscheinung mit dem, was nach der Vernunft seyn kann, und seyn sollte.“ (Ebd.: 61 [51f.]) Aus dem Sein folgt bei Thibaut kein Sollen. Recht existiere zwar in Form von historisch-spezifischen Gesetzbüchern, die Ausdruck eines bestimmten Volksgeistes und daher in ihrer geschichtlichen Eigenart zu verstehen seien.⁷⁷ Was aber legitimerweise als Recht gilt (oder gelten sollte), entziehe sich der empirischen Bestimmung. Die empirisch vorfindlichen Werte (das positive Recht) werden selbst einer empiriefernen vernunftgeleiteten Wertung (ver-

76 Dass der Geist der Gesetze in Sitten, Gewohnheiten, Denkungsart und Volksgeist wurzele, war im 18. Jahrhundert zu einem Gemeinplatz geworden (Würtenberger 1991: 60).

77 Aus diesem Grund verbittet er sich die Bezeichnung als „unhistorische Schule“ durch Savigny (vgl. Thibaut 1838).

nünftiges Recht) unterzogen.⁷⁸ Das Volk dient letztlich nur als Referenzfolie für die Verwirklichung dieses Rechts, hierin besteht die lebensweltliche Verankerung des vernünftigen Rechts.

Rechtswissenschaft wird in dieser Perspektive um des Rechts und der Wahrheit willen betrieben. Dementsprechend stellt sich die Frage, wie das Volk mit seinen gegenwärtigen Bedürfnissen zu bestimmen sei, auch nicht als wissenschaftliches Problem. Anders formuliert: Beim Volk bzw. beim Volksgeist handelt es sich gerade nicht um ein epistemisches Ding der Rechtswissenschaft, dem die Anstrengungen des Wissens gelten und das Fragen an die Wissenschaft stellt. Als Objekt der patrimonialen Fürsorge, auf das die Wirkung der Gesetzgebung abzielt, vermag es zwar einige Kriterien der Beurteilung zu liefern: So werden Thibaut Eigenheit versus Fremdheit, Gegenwart versus Vergangenheit bzw. gegenwärtige Bedürfnisse versus veraltete Bestimmungen zu Kriterien der Qualifikation der Gesetzbücher. Aber das juristische Wissensproblem liegt in der Vernunft. Das Volk ist nicht problematisch, wird nicht problematisiert und vermag das Recht auch nur ganz bedingt zu problematisieren – nämlich in der Kriterienwahl der Beurteilung des vorliegenden Rechts aus Vernunftgründen. Das bedeutet jedoch weder die Aufgabe des Universalitätsanspruchs der Vernunft, noch werden die Techniken und Methoden der Vernunftbeurteilung, und d.h. der Rechtswissenschaft, affiziert.

II. Die Entdeckung des Volksgeistes im Recht (Friedrich Carl von Savigny)

Noch im Jahr 1814 veröffentlicht Savigny mit dem *Beruf* eine Gegenschrift zu Thibauts „Schandschrift“ (Savigny 1927 [1814]: 117), in der er ganz grundlegend seiner Zeit die Fähigkeit zur Kodifikation abspricht. Was er im wissenschaftlichen Feld anhand seiner Arbeit am römischen Recht entwickelte, wird zu einem politischen Argument.⁷⁹ Denn auch Savigny geht

78 Mit Jan Schröder gesprochen schließt Thibaut damit an den seit Mitte des 17. Jahrhunderts gebräuchlichen dualistischen Rechtsbegriff an, demzufolge das Recht auf zwei Quellen beruht: dem positiven und dem natürlich-vernünftigen Recht (vgl. Schröder 2012: 99ff.).

79 Ansätze zur Volksgeistlehre sind schon in Savignys frühen Vorträgen und Notizen zu erkennen (vgl. etwa Savigny 1993b [1802]: 88f.; 1993c [1809]: 139; 1993a [1812]: 182f.), die er in einer geplanten Einleitung für den ersten Band seiner Abhandlung über die *Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter* veröffentlichen wollte (vgl. Savigny [1814] in Henning 1936: 395f.; Wieacker 1996: 388). Durch Thibauts Intervention sieht er sich aber nach eigenem Bekunden dazu veranlasst,

es im *Beruf* um die politische Frage der nationalen Einheit. Und auch er sieht das Übel im gegenwärtigen Zustand, dem es an Rechtssicherheit fehle (vgl. Savigny 1814: 161).⁸⁰ Allerdings verschiebt er das Problem: Die Einheit ist keine Frage der vernünftigen Regierung und der passenden Gesetzgebung. Sie ist auch keine Frage der Gestaltung der politischen Zukunft, sondern ein Problem der Erkenntnis der Vergangenheit. Alles hängt für Savigny davon ab, wie man die Entstehung des Rechts erklärt: Es geht um die *Rechtsquellenlehre*, die darüber bestimmt, wie Recht entsteht, was man im Recht erkennen kann und – darauf aufbauend – wie man es zu handhaben hat.

1. Die Umdeutung der Kodifikation in ein epistemisches Problem

1.1 Die Rechtsentstehung im Volksgeist

Savigny verwirft rigoros jegliche Ansätze, die meinen, dass das Recht in der Vernunft oder im Staat entsteht. Naturrechtslehre bzw. Vernunftrecht sowie Rechtspositivismus verkennen in seinen Augen den wahren Charakter des Rechts. Denn beiden Richtungen mangle es am (neu erwachten) geschichtlichen Bewusstsein, verloren seien „Sinn und Gefühl für die Größe und Eigenthümlichkeit anderer Zeiten“ (Savigny 1814: 4).⁸¹ In Savignys Augen gibt es keine zeitlosen, ahistorischen Ideen, die über die Vernunft oder das Subjekt hergeleitet werden könnten, und dementsprechend gibt es auch kein vorgegebenes ahistorisches Recht, das es zu entdecken und darzustellen gelte. Trotz seines historisch-kontingenten Charakters entste-

diese Grundgedanken in einer gesonderten Abhandlung zu veröffentlichen (Savigny 1834: ix).

80 Thibaut und Savigny werden in den Rechtswissenschaften, v.a. in der Rechtsgeschichte, zumeist als Antipoden verstanden. Demgegenüber stellt insbesondere Joachim Rückert die Nähe der beiden Rechtswissenschaftler heraus, um hiervon ausgehend die Eigenart des Savigny'schen Denkens zu bestimmen (Rückert 1984: 160ff.).

81 Savigny schreibt sich die „Entdeckung“ des geschichtlichen Moments nicht auf die Fahne. Zum einen nimmt er – wenn auch mit einer gewissen Distanz – Bezug auf die Arbeiten Hugos (vgl. Savigny 1814: 14; 1817: 35f.; 1838); zum anderen stellt er fest: „Geschichtlicher Sinn ist überall erwacht, und neben diesem hat jener bodenlose Hochmuth“ des Rationalismus der Aufklärung „keinen Raum“, und der Rationalismus sei aufgrund der Entwicklung des romantischen Denkens auch „gar nicht mehr herrschender Geist“ (Savigny 1814: 5f.).

he es aber weder willkürlich noch zufällig. Der historische Blick auf das Recht beweist für Savigny vielmehr,

daß alles Recht auf die Weise entsteht, welche der herrschende, nicht ganz passende Sprachgebrauch als *Gewohnheitsrecht* bezeichnet, d.h. daß es erst durch Sitte und Volksglaube, dann durch Jurisprudenz erzeugt wird, überall also durch innere, stillwirkende Kräfte, nicht durch die Willkür eines Gesetzgebers (ebd.: 13f., H.i.O.).⁸²

Recht ist ihm zufolge also wesentlich „Gewohnheitsrecht“. Es ist jedoch gerade nicht die Gewohnheit im empirischen Sinne, d.h. die beobachtbare beständige Übung bzw. das wiederholte Handeln, die für Savigny als Entstehungsgrund des Rechts gilt (daher hegt er auch Vorbehalte gegenüber diesem Namen). Eine empirisch festgestellte (und feststellbare) Gewohnheit habe lediglich die Funktion eines Indizes, sie sei Wirkung und nicht Ursache. Sie verweise auf etwas, das als eigentlicher Entstehungsgrund anzusehen sei: das „gemeinsame Bewußtseyn des Volkes“ (ebd.: 11; 1840a: 35) bzw. der „Volksgeist“ (Savigny 1840a: 14) – jener Begriff, den schon Thibaut verwendete, den Savigny aber später von seinem Schüler Puchta übernimmt und der zum Schlagwort für die Historische Rechtsschule wird.⁸³ Gegenüber dem Naturrecht und Rechtspositivismus sucht Savigny den Ort der Rechtsentstehung im kollektiven Sein, d.h. in einer vom Staat unabhängigen Sozialsphäre des Volkes.⁸⁴ Das Volk ist also kein Fürsorgeobjekt, auch wenn es Savigny um das Glück der Deutschen geht. Vielmehr wird der Volksgeist zum eigentlichen Ort der Rechtsproduktion, und das

82 Später stellt Savigny klar, dass Gesetz und Wissenschaft Organe dieses auch als „Volksrecht“ zu bezeichnenden Gewohnheitsrechtes seien (vgl. Savigny 1840a: 17); an dieser Anordnung entzündet sich Puchtas Kritik (s.u. IV.1.1).

83 Thibaut verwendet den Begriff des Volksgeistes in einem Zusatz in der zweiten, ebenfalls im Jahr 1814 erschienenen erweiterten Auflage seiner Flugschrift *Über die Nothwendigkeit*. Er spricht damit also schon vor Savigny und Puchta vom Volksgeist, und das bereits in einer Form, die Savignys Argumentationsgang nahekommt, ohne jedoch die Konsequenzen aus einer lebensweltlichen Verankerung des Rechts zu ziehen (vgl. Thibaut 1840a [1815]: 122). Savigny selbst spricht vom Volksgeist erst im Jahr 1840 im *System des heutigen Römischen Rechts*. Zur Begriffs- und Wortgeschichte des einer Formulierung Montesquieus nachgebildeten und seit Herder und Hegel häufig gebrauchten Terminus ‚Volksgeist‘, der durch die Arbeiten des Savigny-Schülers Puchta zum Schlagwort der Historischen Rechtsschule wurde, vgl. Kantorowicz 1912a; Mecke 2008: 147ff.

84 Ab dem 17. Jahrhundert wurde das einstmals der Sitte entspringende Gewohnheitsrecht dem Gesetzesrecht angenähert, da es auf einer stillschweigenden Anordnung des Gesetzgebers ruhe (vgl. Schröder 2012: 108ff.). Savigny befreit das Gewohnheitsrecht aus dieser Kopplung an den Souverän.

Volk ist – wie er später schreibt – „das thätige, persönliche Subject“ der Rechtserzeugung (ebd.: 18).

Das Recht habe dementsprechend – ebenso wie die jeweilige Sprache, Sitte und Verfassung eines Volkes – „kein abgesondertes Daseyn“. Dies sind für Savigny alles nur „einzelne Kräfte und Thätigkeiten des einen Volkes“ (Savigny 1814: 8). Dabei engt er diesen Gegenstand auf eine geistige Tradition ein. Im Ganzen werden die für eine soziale Gesamtheit typischen Bewusstseinsstrukturen be- bzw. festgeschrieben: Das ‚Kollektivegefühl‘, das ‚gemeinsame Bewusstsein‘ bzw. der ‚Volksgeist‘ bezeichnen den geistigen Zustand dieser Kollektiveinheit. Der alles bestimmende Totalitätszusammenhang wird als eine kulturelle Wertegemeinschaft gefasst, die Savigny als ein homogenes Gebilde darstellt, in dem es um die Präsenz typischer und damit typisierender Normen geht. Savigny hat also weder die politische, die wirtschaftliche oder die gesellschaftsstrukturelle Realität im Blick noch die Konflikthaftigkeit und Kontingenz sozialer Verhältnisse, sondern die durch gemeinsame Bildung verbundene geistige und kulturelle Gemeinschaft. Die Verbindung bzw. Verbundenheit stellt sich über die gemeinsamen Werte her. Insofern ist der Volksgeist ein genuin normgeprägtes Objekt, und das im normativen Sinne.

Wie so viele andere Denker seiner Zeit betrachtet Savigny das Recht folglich als Teil der Gesamtkultur (vgl. Kantorowicz 1912a). Und wie so viele Denker seiner Zeit gibt er dem Volkgeist dabei eine konkrete Form: Er sei ein Organismus, und zwar ein „Organismus höherer Art“ (Savigny 1850a [1815]: 131).

1.2 Organologische Volksgeistlehre

Durch die Bestimmung als Organismus wird der Volksgeist verobjektiviert und mit gewissen Eigenschaften versehen. Ein Organismus besteht aus vielen Teilen, den Zellen und Organen, die unterschiedliche Funktionen und Fähigkeiten haben. Zugleich ist jedoch auch gewährleistet, dass es sich um eine Einheit handelt. So gilt für Savigny: Ein Volk ist eine „natürliche Einheit“ (Savigny 1840a: 20), deren Ganzes mehr ist als die Summe ihrer Teile. Das Volk ist eine selbstständige Einheit, ein eigenständiges Objekt, dessen Teile immer schon in einem organischen Zusammenhang miteinander stehen. Dies gilt in Bezug auf das Individuum, denn für Savigny „gibt es kein vollkommen einzelnes und abgesondertes menschliches Daseyn“, wie er im Jahr 1815 schreibt: „vielmehr, was als einzeln angesehen werden kann, ist, von einer anderen Seite betrachtet, Glied eines höheren Ganzen“ (Savigny 1815c: 3). Es trifft aber ebenso auf die Wesensbestimmung des

Rechts als Teil einer umfassenden Gesamtkultur zu: Savigny geht von einem „organische[n] Zusammenhang des Rechts mit dem Wesen und Charakter des Volkes“ aus (Savigny 1814: 11). Die einzelnen Teile – z.B. Individuum oder Recht – erhalten ihren Sinn erst dadurch, dass sie auf das übergeordnete Einheitsprinzip des selbständigen Organismus ‚Volk‘ bezogen sind.

Der „organische Zusammenhang“ – das betont Savigny immer wieder – ist vorgegeben und notwendig. Das Volk sei ein Naturgegenstand und unterliege als natürlicher Organismus in seiner Entstehung nicht menschlichen Konstruktionsprinzipien. Daher werde das Recht vom ‚natürlichen‘ Leben selbst hervorgebracht, und nicht durch Gesetzgeber oder Vernunftüberlegungen.⁸⁵ Es entstehe „auf organische Weise, ohne eigentliche Willkür und Absicht“ (Savigny 1814: 12). Daher sei es seinem Wesen nach „ganz eigenthümlich und nothwendig“ gegeben, jede „zufällige und willkürliche Entstehung“ schließt Savigny aus (ebd.: 48, 8). Und da es dieses positiv vorgegebene Dasein hat, nennt Savigny es später auch „positives Recht“ (Savigny 1840a: 14).⁸⁶

Die Naturalisierung des Rechts im Organismusgedanken führt jedoch letztlich zu dessen Historisierung.⁸⁷ Als lebendiger Naturgegenstand unterliege der Organismus ‚Volk‘ zugleich einer Entwicklung – und mit ihm das Recht: „Das Recht wächst also mit dem Volke fort, bildet sich aus mit diesem, und stirbt endlich ab, so wie das Volk seine Eigenthümlichkeit verliert.“ (Savigny 1814: 11) Es befinde sich in keinem Augenblick im Zu-

85 Das gilt ebenso für die Vergangenheit: Auch dort verneint Savigny die Rechtserzeugung durch gesetzgeberische Interventionen (vgl. Savigny 1815c: 3f.). Insofern ist das Volk ‚frei‘ von solchen Einflüssen, und diese Freiheit wird zum Rechtsentstehungsgrund. Das hat nichts mit der Frage der Willensfreiheit im Privatrecht als Grundlage der Privatautonomie des Einzelnen zu tun (vgl. hierzu Haferkamp 2008; Hofer 2001).

86 Damit setzt Savigny an die Stelle des dualistischen Rechtsbegriffs der Aufklärung, der den gesetzgeberischen Willen sowie die Natur als zwei eigenständige Rechtsquellen behandelte, einen einheitlichen. Jegliches Recht ist im Volksgeistmodell positiv vorgegebenes Recht, in seiner Diktion also „positives Recht“.

87 Schon Ernst Troeltsch wies darauf hin, dass der Organismusbegriff der Historischen Rechtsschule, der einen historischen Gegenstand bezeichnet, nicht mit der biologisch-empirischen Organologie bei Spencer und Comte zu verwechseln sei (vgl. Troeltsch 1922a: 280f.; zum Organismusbegriff aus rechtshistorischer Perspektive vgl. Böckenförde 1978; Coing 1973). Später wird gerade an der Historisierung des Rechts in der Historischen Rechtsschule der Vorwurf des Historismus ansetzen (vgl. Kantorowicz 1912b).

stand eines absoluten Stillstandes.⁸⁸ Daher sei es wie das Volk eine historische Kategorie, denn es folge der „naturgemäße[n]“ bzw. „organische[n]“ Entwicklung“ des Volkes (ebd.: 4, 32). Und wie die Organismen in der Natur unterliege die Entwicklung bestimmten organischen Gesetzen, die vorgegeben seien und mit „innerer Nothwendigkeit“ (ebd.: 11) bestünden.

Mit der Historisierung durch Naturalisierung geht es um die Verhältnisbestimmung von Vergangenheit und Gegenwart, von Werden und Sein (Savigny 1815c: 2f.). Savigny fundiert dabei den organischen Entwicklungsgedanken in der Idee einer harmonisch verlaufenden Kontinuität: Die Vergangenheit sei in der Gegenwart präsent, die immanente Gesetzmäßigkeit der geschichtlichen Entwicklung eines Volkes erlaube nur ein Fortschreiten in „unauflöslicher Gemeinschaft mit der ganzen Vergangenheit“ (Savigny 1815c: 3; vgl. auch 1840a: 20). Anders formuliert: Die Vergangenheit als Tradition ist hier eine Form, in der die Gegenwart sich versichert, was ihr gegeben und was ihr nicht verfügbar ist (vgl. Luhmann 2006: 960). Daher gilt für Savigny: Der historisch überlieferte Rechtsstoff ist mit einer inneren Notwendigkeit der Gegenwart gegeben – oder wie er im Jahr 1815 schreibt:

Die geschichtliche Schule nimmt an, der Stoff des Rechts sey durch die gesammte Vergangenheit der Nation gegeben, doch nicht durch Willkühr, so daß er zufällig dieser oder ein anderer seyn könnte, sondern aus dem innersten Wesen der Nation selbst und ihrer Geschichte hervorgegangen. (Savigny 1815c: 6)

Daher müsse man versuchen,

jeden gegebenen Stoff bis zu seiner Wurzel zu verfolgen, und so sein organisches Princip zu entdecken, wodurch sich von selbst das, was noch Leben hat, von demjenigen absondern muß, was schon abgestorben ist, und nur noch der Geschichte angehört (Savigny 1814: 117f.).

Das „organische Princip“ findet man also nur über die Hinwendung zur Vergangenheit, und mit diesem rückwärts gewendeten Blick lassen sich Traditionslinien als Beweis für die Lebendigkeit und Notwendigkeit bestimmter Elemente des Volksgeistes im Recht rekonstruieren. Die Gegenwart ist sozusagen nur das äußere Erscheinungsbild einer inneren Wahr-

88 Später schreibt Savigny: „Denn wie in dem Leben des einzelnen Menschen kein Augenblick eines vollkommenen Stillstandes wahrgenommen wird, sondern stete organische Entwicklung, so verhält es sich auch in dem Leben der Völker, und in jedem einzelnen Element, woraus dieses Gesamtleben besteht“ (Savigny 1840a: 16f.; s.a. 1817: 4).

heit, die über die historische Untersuchung ermittelt werden muss.⁸⁹ Denn nur in der Vergangenheit finde man die Wahrheit eines Zustandes begründet (vgl. ebd.: 114). Diese zeigt sich aber nicht über die schlichte historische Faktizität. Der organische Gedanke ermöglicht nach Savigny vielmehr, das noch heute Lebendige von bereits Abgestorbenem, das Notwendige von Unnötigem, das aus „wahrhaft praktische[m] Bedürfnis“ Entstandene von dumpfen und unkundigen Interventionen zu trennen (ebd.: 119). Es gilt: Rückkehr zu den Wurzeln, um daraus über und für die Gegenwart zu lernen und zu einem Subjekt des Fortschritts zu werden.

Der Raum der Geschichte verengt sich damit auf Kontinuität, Tradition und Verwurzelung, die Gegenwart verliert ihren Eigenwert. Savigny behauptet damit eine „Unabhängigkeit des Rechts von dem Leben der gegenwärtigen Volksglieder“ (Savigny 1840a: 20). Die aktuellen gesellschaftlichen und sozialen Zustände bilden keine legitime Grundlage zur Beurteilung des Rechts. Nur das historisch gewachsene Recht kann Gültigkeit beanspruchen.⁹⁰ Geschichte wird so als Beweisprinzip eingeführt, die Erkenntnis von Historischem wird zur Erkenntnis des notwendig vorgegebenen und damit gegenwärtig ‚wahren‘ Rechts, wie es dem organischen Volksgeist entspringt (vgl. Rückert 1993: 74). Das (Privat-)Recht erscheint derart als Ausfluss einer unpolitischen, vorgegebenen und durch geschichtlich bewiesene Notwendigkeiten bestimmten Sozialsphäre.

1.3 Von der politischen zur epistemischen Frage

Über diese geschichtlich eingebettete Rechtsentstehungslehre erfährt die Frage nach der Notwendigkeit einer nationalen Gesetzgebung eine folgenreiche Umdeutung. Denn Savigny entzieht das dem Volksgeist entsprungene Recht der politischen Verfügbarkeit (vgl. Savigny 1814: 131; 1817: 47ff., 1840a: 14). Recht entstehe im Volk, und nicht durch staatliche Gesetzgebung. Der Staat sei lediglich eine Objektivierung des Volksgeistes, die „leibliche Gestalt der geistigen Volksgemeinschaft“ (Savigny 1840a: 22), in

89 So schreibt Savigny im Jahr 1840: Die Historische Rechtsschule „legt nur darauf das höchste Gewicht, daß der lebendige Zusammenhang erkannt werde, welcher die Gegenwart an die Vergangenheit knüpft, und ohne dessen Kenntniß wir von dem Rechtszustand der Gegenwart nur die äußere Erscheinung wahrnehmen, nicht das innere Wesen begreifen“ (Savigny 1840a: XV).

90 Nicht nur Kontingenz, sondern insbesondere das Ereignis, der Bruch und jegliche Idee des radikalen Wandels werden damit aus dem geschichtlichen Denken ausgeschlossen.

der ihr eine äußere, durch Grenzen klar definierte Form gegeben werde. Er sei dementsprechend dem Volk nachgelagert, nur seine „organische[] Gestalt“ oder „organische Erscheinung“ (ebd.: 28, 22) bzw. nur eines seiner Organe.

Nicht nur zwischen Volksorganismus und Staat als Organ besteht nach Savigny ein organischer Zusammenhang, sondern ebenso zwischen Recht und Staat.⁹¹ Denn obwohl Recht nicht durch Gesetzgebung hervorgebracht wird, bestreitet er keinesfalls den Einfluss des Staates auf das (Privat-)Recht. Dieses erhalte im Staat „durch Aufstellung des Richteramtes, Leben und Wirklichkeit“ (ebd.: 23), ja könne nur durch den Staat in seinem Bestand und seiner Befolgung gesichert werden. Allerdings komme der Gesetzgebung legitimerweise gerade nicht die Aufgabe zu, neues Recht zu erlassen, sondern nur über bestehende Kontroversen zu entscheiden bzw. die alten Gewohnheiten zu verzeichnen (Savigny 1814: 131; vgl. auch 1817: 47ff.).

Damit bewirkt Savignys Argumentation die Rechtfertigung der bestehenden Rechtsordnung und verordnet rechtspolitische Passivität. Sie nimmt dem kritischen Denken ebenso wie den revolutionären Bestrebungen, die auf die Veränderung der gesellschaftlichen Verhältnisse gerichtet sind, jeden Impuls (vgl. Wilhelm 1958: 36ff.).⁹² Savigny erteilt auf der Ebene der Rechtsquellenlehre, d.h. bei der Frage nach der Entstehung des Rechts, den Ideen einer direkten politischen Einflussnahme im Bereich des Privatrechts durch Gesetzgebung eine Absage. Politische Instrumentalisierung zum Zwecke der Steuerung der Gesellschaft erscheint dann als illegitim – oder in Savignys Worten: als willkürliche Anomalie.

Seine Antwort auf die Frage nach der Notwendigkeit einer nationalen Gesetzgebung lautet damit: Recht ist gesellschaftlich gewachsenes Recht. Indem er sich dem Volksgeist zuwendet, erscheint das politische Problem

91 Savigny parallelisiert Recht und Staat so weit, dass er im Staat „die höchste Stufe der Rechtserzeugung“ erkennt (Savigny 1840a: 22; vgl. auch 1840b: 311). Der organische Zusammenhang zeigt sich in der Notwendigkeit der Einrichtung des Staates: „Denn in ihm zuerst erhält das Volk wahre Persönlichkeit, also die Fähigkeit zu handeln.“ (Savigny 1840a: 23) Ein Volk erscheint notwendigerweise in der Form des Staates. Eine zeitliche Priorität besteht nicht. Nichtsdestotrotz geht das Volk in kausaler Hinsicht dem Staat voraus bzw. ist ihm übergeordnet. Zusammengefasst gilt, „daß der Staat ursprünglich und naturgemäß *in* einem Volk, *durch* das Volk, und *für* das Volk entsteht“ (ebd.: 29, H.i.O.).

92 Das Paradox der Doppelrolle des Staates, sowohl das Subjekt als auch das Objekt der Gesetzgebung zu sein, wird im Bereich des Privatrechts durch die Verlagerung der Rechtsentstehung in ein jenseits des Staates liegendes Kollektiv entschärft.

im Kodifikationsstreit durch das gemeine römische Recht als bereits gelöst. Mit Blick auf die nationale Einheit ist für ihn eine Gesamtkodifikation nicht notwendig. Das deutsche Volk sei keine mittels eines gemeinsamen Gesetzbuches hervorzubringende Einheit, da es als Organismus immer schon eine Einheit ist. Diese Einheit, die ihren Ausdruck im Recht findet, brauche nicht künstlich durch neue Kodifikationen hergestellt zu werden, da sie im römischen Recht schon verwirklicht sei (vgl. Baldus 1995: 59ff.). Denn im Zustand der Rechtszersplitterung in Deutschland, den ja auch Thibaut so deutlich angeklagt hatte, gilt das römische Recht im Gegensatz zu den räumliche begrenzten Rechten der Länder als das ‚gemeine‘, d.h. als das allgemeine respektive allgemeingültige Recht. In diesem Faktum sieht Savigny die nationale Einheit gewährleistet: „große Mannichfaltigkeit und Eigenthümlichkeit im einzelnen, aber als Grundlage überall das gemeine Recht, welches alle Deutschen Volksstämme stets an ihre unauflösliche Einheit erinnerte“ (Savigny 1814: 43).⁹³

Das eigentliche Problem liegt in der Frage der Erkennbarkeit dieser Einheit, also in einem politisch entlasteten Bereich. Daher handelt es sich für Savigny bei der Debatte über die Notwendigkeit der Kodifikation nicht um einen politischen, sondern um einen „wissenschaftlichen Streit“ (Savigny 1817: 1). Zur Disposition steht die Art und Weise der wissenschaftlichen Erkenntnis eines Rechts, das dem Volksgeist entspringt. Die Rechtsentstehungslehre problematisiert Recht unter dem Blickwinkel seiner Erkennbarkeit – eine Problematisierungsweise, die sich von der Diskussion um eine Gesamtkodifikation seiner genuin politischen Dringlichkeit (*urgence*) entledigt. Wenn es angesichts der Volksgeistlehre eine Dringlichkeit gibt, dann betrifft sie die Wissenschaft.

2. Epistemische Folgen I: Die Rechtstheorie der Volksgeistlehre

Indem Savigny das Recht vergesellschaftet, da er die Rechtsentstehung in der unabhängigen Sozialsphäre des Volksgeistes verortet, wird dieser Volksgeist zum Gegenstand für die Rechtswissenschaft. Er wird dabei

93 Insofern gilt Savigny das römische Recht auch nicht als ‚fremd‘, wie es durch Thibaut bzw. generell in dieser Zeit oftmals angegriffen wurde, da in seiner Perspektive die Rezeption niemals „ohne innere Nothwendigkeit“ geschehen wäre und daher selbst dem Volksgeist entspringe (Savigny 1814: 37; s.a. 1840a: 4f.). Savigny konnte aber nicht verhindern, dass auch in der Historischen Rechtsschule, namentlich bei den Germanisten, das römische Recht später als „fremd“ bestimmt wurde (vgl. § 2.III.2.1).

nicht nur als lebendiger Organismus verobjektiviert, der damit spezifische Eigenschaften und Entwicklungsgesetze aufweist. Vielmehr wird er bei Savigny zu einem epistemischen Ding, das die Rechtswissenschaft hinsichtlich ihres Gegenstandes, ihres methodischen Vorgehens und ihrer Stellung in der Gesellschaft zu bestimmen vermag. Damit löst Savigny auf der Ebene der Rechtstheorie eine Reihe von Problemen, die sich um das Verhältnis von Recht, Macht und Wissenschaft drehen und zur Autonomisierung des Rechts und der Rechtswissenschaft beitragen.⁹⁴

2.1 Rechtswissenschaft als „Wissenschaft der Wirklichkeit“

Das Volksgeistmodell bestimmt den grundlegenden Wissenschaftscharakter der Jurisprudenz: Der organisch-natürliche Entstehungszusammenhang beansprucht den Status von Objektivität, Wirklichkeit und Wahrheit für sich. Darüber wird die Rechtskunde der Wahrheit verpflichtet. Denn was aufgrund des Rechts sein soll, die normative Seite des Rechts, ist für Savigny primär eine Tatsachenfrage. Werte erscheinen als Wahres im Wirklichen (Rückert 1984: 381). Daher liegt das Hauptproblem nicht in der Frage der vernünftigen Wertung, sondern darin, das ‚positive Recht‘ richtig zu erkennen.⁹⁵ Rechtswissenschaft ist Wissenschaft der Wirklichkeit, und Recht wird unter dem Blickwinkel seiner wissenschaftlichen Erkennbarkeit problematisiert.

2.2 Die Reinigung des Rechtsbegriffs

Mit seiner Rechtsentstehungslehre wendet sich Savigny gegen die im Kodifikationsgedanken enthaltene drohende Politisierung und Instrumentali-

94 Der Terminus Rechtstheorie wird in der Jurisprudenz zumeist erst für die Ausdifferenzierung einer eigenen Subdisziplin der Rechtswissenschaft v.a. durch den Jhering-Schüler Adolf Merkel Ende des 19. Jahrhunderts verwendet (vgl. hierzu Brockmöller 1997). Vorliegend wird der Terminus jedoch ganz untechnisch im Sinne von theoretischen Annahmen über das Recht (Definition, Entstehung, Funktion, Wirkung etc.) verwendet.

95 Eine solche Problematisierung des Rechts erscheint zu dieser Zeit nicht nur aufgrund des herrschenden Rechtspluralismus plausibel, der zu der Frage führt, welches Recht im konkreten Fall überhaupt anzuwenden sei, sondern ebenso aufgrund des Zustandes der Rechtsmassen selbst, da etwa – wie schon Thibaut bemerkt – das römische Recht nicht als Gesetzbuch existiert, sondern nur in Form von Kompilationen, Fragmenten, Fallsammlungen etc.

sierung des Rechts. Denn wenn das Recht als gesetzgeberisch gestaltbar angesehen wird, lässt es sich als Mittel der gesellschaftlichen Steuerung und damit als Instrument der politischen Ideen verstehen. Savigny bestreitet eine solche Verfügbarkeit des Rechts – was bei ihm verbunden ist mit einem schneidenden Contra gegen Revolution, Aufklärung, Liberalismus, Republikanismus, Demokratie, Kommunismus sowie der Bauern- und Judenemanzipation (vgl. Klenner 1991: 3; Rückert 1984: 208ff.; Wilhelm 1958: 39 m.N.). Das Volksgeistmodell wirkt zudem auf einer ganz substantiellen Ebene einer Instrumentalisierung des Rechts entgegen. Denn die Rechtsentstehungslehre gilt Savigny zugleich als Wesenslehre des Rechts – und ermöglicht es daher, die Substanz des Rechts von politischen und sonstigen Einflüssen zu reinigen (vgl. Haferkamp 2010).

Wie ein Organismus weise das Volk spezifische Charakteristika auf, die den einen Organismus bzw. das eine Volk von einem anderen unterscheiden. Zugleich unterliege der Organismus aber auch allgemeinen Bestimmungen, d.h. Naturgesetzen, die auf alle anwendbar seien. Damit gelte für das Recht: Es gibt nicht nur je individuelles, in seiner Eigentümlichkeit zu bestimmendes „Volksrecht“, sondern ebenso eine „allgemeine Aufgabe alles Rechts“ (Savigny 1840a: 53), das die generelle Funktion des Rechts für ein jedes Volk beschreibt.

Diese allgemeine Aufgabe des Rechts lässt sich nach Savigny auf die sittlichen Bestimmungen der menschlichen Natur zurückführen, die der christlichen Lebensführung entspringen (ebd.: 53f.). Am „reinsten und unmittelbarsten“ erscheine die sittliche Natur als „die Anerkennung der überall gleichen sittlichen Würde und Freyheit des Menschen“⁹⁶ sowie „die Umgebung dieser Freyheit durch Rechtsinstitute“ (ebd.: 55). Der Rechtsbegriff erhält damit eine spezifische normative Bestimmung, ‚reines‘ Recht ist auf ein material bestimmtes normatives Ziel ausgerichtet. In Savignys Augen handelt es sich dabei allerdings nicht um eine normative Frage, also danach, was sein soll, sondern um eine faktische Gegebenheit. Denn die „christliche[] Lebensansicht“ leitet sich für ihn aus einer in der organischen Entwicklung hervorgetretenen Notwendigkeit her, die in der prägenden Bedeutung des Christentums in der Weltgeschichte zum Aus-

96 Aufgrund dieser Bestimmung, die ihre rechtstechnische Ausformung im subjektiven Recht findet (s.u.), besteht eine ausufernde und sehr kontrovers geführte Debatte über die Frage, inwieweit Savigny mit seiner Rechtskonzeption an Kant anschließt (vgl. statt vieler Ikadatsu 2002; Nörr 1991: 21ff.; Dedek 2007: 106 f. m.w.N.).

druck komme (ebd.: 53f.).⁹⁷ Die Geschichte hat als organischer Entwicklungszusammenhang diese Tatsache für Savigny bewiesen.

Die normative Zielvorgabe des Rechts sieht Savigny als Faktum an. Damit sondert er das Recht von inhaltlichen Fragen des sittlichen Sollens. Recht und Sittlichkeit begreift er als zwei streng getrennte Sphären:

Durch diese Anerkennung eines allgemeinen Zieles wird keineswegs das Recht in ein weiteres Gebiet aufgelöst und seines selbstständigen Daseyns beraubt: es erscheint vielmehr als ein ganz eigenthümliches Element in der Reihe der Bedingungen jener allgemeinen Aufgabe, in seinem Gebiet herrscht es unumschränkt, und es erhält nur seine höhere Wahrheit durch jene Verknüpfung mit dem Ganzen. (Ebd.: 54)

Das Recht ist Voraussetzung für die Erfüllung der Sittlichkeit, ist aber nicht selbst sittlich.⁹⁸

Anhand dieses ‚Faktums‘ der allgemeinen Aufgabe jeglichen Rechts vermag Savigny eine Qualifikation der verschiedenen Rechtsnormen über die Frage ihrer zugrunde liegenden Wertentscheidungen vorzunehmen. Innen und Außen des Organismus werden voneinander geschieden in innerrechtliche und außerrechtliche Einflüsse. Liegen die Gründe für eine Regelung in der Beachtung der Staatsinteressen, in patrimonialen Fürsorgeüberlegungen oder generell in anderen sittlichen Zwecken als der Freiheit des Menschen (etwa gute Sitten oder sonstige Zweckmäßigkeitserwägungen), so handele es sich um „anomalische“ Rechtsregeln. Diese Wertentscheidungen zählen nicht zum „reinen Rechtsgebiet“, sondern greifen als „fremde Elemente“ in das Recht ein und gehen daher „contra rationem juris“ (ebd.: 61).

Hier zeigt sich die Besonderheit des Privatrechts. Denn ausgehend von der Unterscheidung der zugrunde liegende Wertentscheidungen sondert Savigny das Öffentliche Recht vom Privatrecht. Es bleibt ihm zufolge

zwischen beiden Gebieten ein stets bestimmter Gegensatz darin, daß in dem öffentlichen Recht das Ganze als Zweck, der Einzelne als untergeordnet erscheint, anstatt daß in dem Privatrecht der einzelne

97 Zum Einfluss der Erweckungsbewegung auf die Historische Rechtsschule in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts vgl. Haferkamp 2010.

98 Recht ermöglicht nach Savigny den freien Raum der sittlichen Entfaltung, indem es die Grenzen der Würde und Freiheit jedes Menschen anerkennt und sichert. Was sich innerhalb dieser Grenzen bewegt, ist rechtmäßig (vgl. Savigny 1840a: 332). Die Frage nach der sittlichen oder unsittlichen Ausübung eines Rechts ist demgegenüber keine Rechtsfrage im strengen Sinne (ebd.: 371).

Mensch für sich Zweck ist, und jedes Rechtsverhältniß sich nur als Mittel auf sein Daseyn oder seine besonderen Zustände bezieht (Savigny 1840a: 23).⁹⁹

Da das Öffentliche Recht auf allgemeine Sittengesetze, gesellschaftspolitische Zwecke bzw. Staatsinteressen und nicht auf die Freiheit des Einzelnen gerichtete sei, erscheine das allgemeine Ziel des Rechts nur „[m]ittelbar und in gemischterer Natur“ (ebd.: 55). Es sei letztlich also „anomalisches Recht“ (ebd.: 57).

Das ‚reine Recht‘ findet seinen Ort hingegen im Privatrecht. Privatrechtliche Regelungen entspringen dem ‚reinen Rechtsgebiet‘, wo Savigny (zum größten Teil) die Herrschaft des Rechtsgesetzes vollständig verwirklicht sieht. Keine sittlichen Bestandteile belasten dieses „regelmäßige“ Recht (ebd.).¹⁰⁰ Überlegungen bzgl. der Staats-, Wirtschafts- und Sozialordnung finden hier ebenso wenig statt wie moralische, sittliche und soziale Erwägungen – eine Reinigung des Rechtsbegriffs, die zudem zu einer Hierarchisierung der Rechtsgebiete führt: Das reine Privatrecht, das uns Aufschluss über das Recht gibt, steht in erkenntnistheoretischer Hinsicht für die Rechtswissenschaften höher als das gemischte, ‚unreine‘ öffentliche Recht.

Allerdings wird damit nicht nur eine entpolitisierte Sphäre des reinen Rechts in Form des Privatrechts freigesetzt. Umgekehrt bleibt auch die staatliche Herrschaft unangetastet. Denn Forderungen nach Freiheit und Gleichheit haben ihren Ort nur im abgesonderten Privatrecht (vgl. Nörr 1991). Es handelt sich also mitnichten um Rechte, die gegen die Staatsmacht gerichtet, sondern nur gegenüber Sachen und anderen gleichgeord-

99 Es fehle zwar nicht an „Übergängen und Verwandtschaften“ (ebd.: 22), aber an der prinzipiellen Unterteilung hält Savigny fest. Er greift also die Unterscheidung des Rechts in *ius privatum* und *ius publicum* auf, wie sie sich im 16. und 17. Jahrhundert als Wissenschaftsgebiete aufgespalten hatten und im Vernunftrecht des 18. Jahrhunderts zu zwei allgemeinen Rechtssystemen ausgeformt wurden. Diese Differenz, die im Vernunftrecht jedoch nicht als zwei sich ausschließende Rechtsgebiete konzipiert wurde, wird von Savigny im Geiste seiner Zeit zu einem systematischen Wesensunterschied erhöht. Zu dieser Scheidung vgl. grundlegend Bullinger 1968: 13ff.; Ehrlich 1970; Gagnér 1960; Stolleis 1996.

100 Daher „kann der Reiche den Armen“ im Privatrecht nach Savigny auch legitimerweise „untergehen lassen durch versagte Unterstützung oder harte Ausübung des Schuldrechts“. Allerdings gilt: „[D]ie Hülfe, die dagegen Statt findet, entspringt nicht auf dem Boden des Privatrechts, sondern auf dem des öffentlichen Rechts; sie liegt in den Armenanstalten, wozu allerdings der Reiche beizutragen gezwungen werden kann“ (Savigny 1840a: 371).

neten Personen in Anschlag zu bringen sind.¹⁰¹ Die Frage nach dem Verhältnis des Individuums zum Staat verlagert sich aufgrund des Gegensatzes der Rechtsgebiete in das Öffentliche Recht. Dadurch löst Savigny sie über den herrschaftlichen Aspekt des öffentlich-rechtlichen Subordinationsverhältnisses (vgl. Savigny 1840a: 371). Der ‚freie Mensch‘ Savignys ist gegenüber der Staatsmacht ein gehorchendes Subjekt, das gegenüber dem Staat keine Rechte in Anschlag bringen kann – nicht zuletzt aufgrund der institutionellen Lage der Zeit.¹⁰²

Zugleich erscheint die Frage, wie selbstständig agierende, entscheidungsfähige Personen ein soziales System konstituieren können, ebenfalls als gelöst. Denn die „Freyheit des Menschen“ erweist sich im Lichte der Volksgeistlehre als sehr begrenzt: Das Individuum mag zwar in Savignys Rechtssystem mit „subjektiven Rechten“ ausgestattet sein (vgl. u. II.3.2). Allerdings ist es immer schon in die vorgegebene holistische Ordnung des Volksgeistes eingebettet: Der Gesamtwille des Volkes ist immer auch der Wille des Einzelnen, das Individuum ist immer schon ein vergesellschaftetes Individuum. Dementsprechend besteht das Unrecht bzw. die Rechtsverletzung für Savigny darin, dass der Einzelne sich vermöge seiner Freiheit, „durch Das was er für sich will, gegen Das auflehnen [kann], was er als Glied des Ganzen denkt und will“ (vgl. Savigny 1840a: 24) Jenseits der Verfolgung privatrechtlicher Einzelinteressen gibt es immer schon eine substantielle Einheit im Volk, die im einzelnen Individuum präsent ist. So-

101 Konsequenterweise scheidet Savigny dann auch das „Urrecht“, d.h. das auf die eigene Person gerichtete Recht, aus seiner Untersuchung aus (vgl. ebd.: 335ff.). Denn ein solches Urrecht, das dem Menschen aufgrund seines Menschseins Rechte zugesteht, könnte auch gegenüber der Staatsmacht geltend gemacht werden.

102 Seit der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts waren die Landesherren bestrebt, Gesetzgebung und Verwaltung von der gerichtlichen Kontrolle zu befreien und diese auf Privatverhältnisse von geringem öffentlichen Interesse zu beschränken. Wie Martin Bullinger ausführt, trafen sich dabei „Erwägungen verschiedenen Ursprungs, vom Staatsdenken des fürstlichen Absolutismus bis zum liberalen Reformstreben, [...] in *rechtspolitischer Zufallsgemeinschaft* mit dem Ziel einer Beschränkung der Gerichtskontrolle zugunsten größerer Bewegungsfreiheit der Gesetzgebung und Verwaltung“ (Bullinger 1968: 52f., H.i.O.). Streitigkeiten öffentlich-rechtlicher Natur wurden im Zuge dieser Entwicklung der Gerichtskontrolle entzogen. Die Unterscheidung zwischen Öffentlichem Recht und Privatrecht erlangte damit eine Prozessfunktion, die Streitigkeit auf den Rechtsweg oder den ungesicherten Weg etwa der Verwaltungsbeschwerde zu verweisen – ein Umstand, den Robert Mohl im Jahre 1829 als notwendige Voraussetzung zur Erhaltung jeglicher geordneten Verwaltung ansieht (Mohl 1829: 329).

ziale Ordnung ist nicht nur möglich, sondern im Volksgeist immer schon gegeben.

2.3 Die Autonomisierung des Rechts und der Rechtswissenschaft

Das Volksgeistmodell ermöglicht aber nicht nur die Bestimmung der Substanz des Rechts, sondern bedingt zugleich die Art und Weise der rechtswissenschaftlichen Adressierung des Rechts – und das in mehrfacher Hinsicht:

Autonomisierung in der geschichtlichen Entwicklung

Als lebendiger Naturgegenstand unterliegt das Volk, und mit ihm sein Produkt, das Recht, einer Entwicklung. Die historische Betrachtung dieser Entwicklung zeigt für Savigny eine Ausdifferenzierung des Rechts als eigenständiges Organ:

Am Anfang habe das Recht – wie die Sprache – unmittelbar im Bewusstsein des jeweiligen Volkes gelebt.¹⁰³ Die Regeln des Privatrechts seien selbst Gegenstände des Volksglaubens gewesen. Sitte und Volksglaube, d.h. tatsächliche Übung und Rechtsbewusstsein seien in der „Jugendzeit der Völker“ (Savigny 1814: 9) unmittelbar gegeben. Kennzeichnend für die Entwicklung der Völker ist nun nach Savigny ihre zunehmende Ausdifferenzierung, mit Luhmann gesprochen: die funktionale Differenzierung: „Bey steigender Cultur nämlich sondern sich alle Thätigkeiten des Volkes immer mehr, und was sonst gemeinschaftlich betrieben wurde, fällt jetzt einzelnen Ständen anheim.“ (Ebd.: 12) Der Organismus bildet in seiner Entwicklung die verschiedenen Organe heraus, die unterschiedliche Funktionen mit Blick auf das Ganze haben.

Bezogen auf das Recht bedeute das zunächst Ausdifferenzierung eines eigenen Juristenstandes als besonderes „Organ“ des Volkes (Savigny 1840a: 50; s.a. 1817: 4). Dies führe zu einer Verwissenschaftlichung der Behandlung des Rechts, das nun eine technische Seite erhalte: „Das Recht bildet sich nunmehr in der Sprache aus, es nimmt eine wissenschaftliche Rich-

103 Die Frage, wie diese individualisierten Volkstotalitäten entstanden sind, erklärt Savigny für historisch nicht zu beantworten und letztlich auch für irrelevant. Insofern setzt er in seiner Untersuchung an den ersten urkundlichen Zuständen der bereits ausdifferenzierten Volkseinheiten an (vgl. Savigny 1814: 8ff.).

tung, und wie es vorher im Bewußtseyn des gesammten Volkes lebte, so fällt es jetzt dem Bewußtseyn der Juristen anheim“ (Savigny 1814: 12).¹⁰⁴ Dies ist Folge des „natürlichen Entwicklungsgang[s] der Völker“ (Savigny 1840a: 45).

Savigny erkennt aber nicht nur eine zunehmende Professionalisierung des Rechts, sondern eine Ausdifferenzierung des Rechts selbst. Es werde zu einem eigenständigen Organ des Volkes, ein selbständiger „Rechtsorganismus“ (ebd.: 57, 381), der sich von den anderen Organen absondere und für das Ganze eine spezifische Funktion erfülle. Die Eigenschaften, die dem Volk als Organismus zukommen, werden nun zu Eigenschaften des Rechts: Das Ganze geht den Teilen voraus; dies garantiert Einheit in der Vielfalt, da jedes Teil seinen Sinn erst im Bezug zum Ganzen erhält; schließlich wird das Innen vom Außen, Fremdes wird vom Eigenem unterschieden; und zugleich entfalte sich das Recht wie ein lebendiger Organismus, es entwickelt sich weiter (vgl. Coing 1973: 150). Das Recht als Organ ist also autonom, auch wenn es im organischen Zusammenhang mit dem Ganzen steht. Es organisiert sich fortan selbst. Das Volksgeistmodell liefert der Rechtswissenschaft also einen Gegenstand, der sich als sinnvolles Ganzes darstellt. Damit erfolgt eine Absicherung der Jurisprudenz als eigenständige Wissenschaft, kann sie sich doch über die Definition ihres Gegenstandes von Ansätzen der Kameral-, Policywissenschaften und Staatslehre, aber auch von der Philosophie abgrenzen.¹⁰⁵

Die Bestimmung der rechtswissenschaftlichen Methode

Das Volksgeistmodell als Rechtsentstehungslehre bedingt für Savigny zudem die konkrete Form der Rechtswissenschaft als historisch-systematische. Da das Recht lebendig sei (vgl. Savigny 1814: 33, 34, 146) und die

104 Das Recht hat fortan aufgrund seiner Ausdifferenzierung ein „doppeltes Lebensprinzip“, es ist Teil des Volkslebens sowie Teil der Wissenschaft. Ersteres nennt er „das politische Element“, letzteres „das technische Element“ (ebd.: 12).

105 Letztlich werden in der Bestimmung des Rechts als einheitliches Ganzes (Organ) die verschiedenen philosophischen Naturrechtskonzeptionen in ihren diversen Funktionsbestimmungen für die Jurisprudenz Ende des 18., Anfang des 19. Jahrhunderts zurückgedrängt: Naturrecht gilt für Savigny weder subsidiär noch als Lückenfüller; noch sind über Naturrecht ‚unveräußerliche‘ Freiheitsrechte herleitbar, die zum Widerstand legitimieren würden; schließlich hat die naturrechtliche Philosophie keine Beratungsfunktion im Rahmen der Gesetzgebung (als „Gesetzgebungswissenschaft“), da ‚richtiges Recht‘ keine Frage der Vernunft, sondern des Volksgeistes ist (vgl. Haferkamp 2008: 199ff. m.w.N.).

Rechtswissenschaft das „lebende[] Recht“ (Savigny 1840a: 189) zum Gegenstand habe, müsse es in seiner organischen Entwicklung erfasst werden – und d.h. mittels der historischen Methode. Da die Struktureigenschaften des Volks als Organismus jedoch auch für das Recht als selbstständiges Organ gelten, müsse der Rechtsorganismus zugleich mittels der systematischen Methode untersucht werden. Denn der systematische Sinn schreibe vor, „jeden Begriff und jeden Satz in lebendiger Verbindung und Wechselwirkung mit dem Ganzen anzusehen, d.h. in dem Verhältniß, welches das allein wahre und natürliche ist“ (Savigny 1814: 48). Der Wahrheitswert des Entstehungszusammenhangs des Rechts im Volk als übergeordnete Ganzheit wird derart in den Wahrheitswert der Erkenntnis des Rechts selbst überführt. Denn die Erkenntnis des Systems des Rechts macht seinen „organischen Zusammenhang“ im Inneren, d.h. das wahre und natürliche Wesen des Rechts, sichtbar. Historische und systematische Methode werden im Volksgeistmodell vereint, ‚beweist‘ doch die historische Betrachtung die Ausdifferenzierung des Rechtsorganismus, der daher systematisch zu erforschen ist (vgl. ebd.). Dabei kann wiederum nur die historische Betrachtung in ihrer Scheidung von Lebendigem und Abgestorbenem zeigen, was wirklich zu diesem System – dem heutigen römischen Recht – gehört.¹⁰⁶

Aber erst die organische, d.h. systematische Betrachtungsweise ermöglicht in Savignys Augen überhaupt eine wissenschaftliche Behandlung des Rechts im wissenschaftstheoretischen Sinne (vgl. Rückert 1993: 72). Im Trend seiner Zeit gilt: Wer nicht systematisch arbeitet, betreibt keine Wissenschaft.¹⁰⁷ Für Savigny ist es daher von entscheidender Bedeutung, dass das Recht selbst systematisch ist, in seiner Wortwahl: ein organisches Ganzes bildet. Denn nur in diesem Fall enthalte es „leitende Grundsätze“, von denen ausgehend man den „innern Zusammenhang und die Art der Ver-

106 In Savignys Worten: „Entstehung der Rechtswissenschaft – ihr Charakter nothwendig bestimmt durch die eben beschriebene Entstehung des Rechts – Sie ist ein *systematisches Ganze*, weil nur dann die innere Einheit erkannt und ausgesprochen wird, welche dem Recht selbst inwohnt – Sie ist *Geschichte*, weil das Recht selbst in steter Bewegung und Entwicklung existirt, folglich auch nur so begriffen werden kann [...]“ (Savigny Einl. Pandecten 1812, fol. 2r (neu 66r), zitiert nach Rückert 1993: 73; zur methodischen Doppelorientierung vgl. insbesondere ebd.: 68ff.).

107 Zum Verwissenschaftlichungsschub um 1800, im Zuge dessen die *Jurisprudentia* flächendeckend zur „Rechtswissenschaft“ wurde, vgl. grundlegend Schröder 1979; zum Zusammenhang des Wissenschaftsbegriffs der Historischen Rechtsschule mit dem Wandel des Wissenschaftsideals um 1800 vgl. Wieacker 1996: 367ff.; Stichweh 1992.

wandtschaft aller juristischen Begriffe und Sätze zu erkennen“ habe. Genau dieses Vorgehen „ist eigentlich dasjenige, was unsrer Arbeit den wissenschaftlichen Character giebt“ (Savigny 1814: 22). Nur dann stelle sich Rechtserkenntnis als systematische Erkenntnis und damit Rechtswissenschaft als systematisch und damit überhaupt als Wissenschaft dar.

Die systematische Einheit ist also kein Formmodell für die Ordnung und Darstellung des Stoffes, sondern die Eigenschaft des Stoffes ‚Recht‘ selbst (Savigny 1815b: 395; vgl. Baldus 1995: 56).¹⁰⁸ Indem Recht als Rechtsorganismus, d.h. als autonome Einheit, adressierbar wird, wird die Rechtswissenschaft autonom gesetzt, da sie für ihre wissenschaftliche Arbeit keine außerjuristischen Elemente heranziehen muss. Mit dieser Prämisse behauptet Savigny aber keinesfalls, dass das vorfindliche Recht ohne Lücken, widerspruchsfrei oder nicht mit veralteten und mangelhaften Regelungen durchsetzt sei (vgl. Savigny 1840a: 222ff.). Die Wesensbestimmung des Rechts als Einheit ermöglicht ihm jedoch, in diesen Fällen entsprechende juristische Techniken im Umgang mit Lücken, Widersprüchen und mangelhaften Gesetzen zu entwickeln (ebd.: 263f., 223). Anders formuliert: Die Regeln zur Lückenfüllung produziert der Organismus aus sich selbst heraus (vgl. Baldus 1995: 57).¹⁰⁹

Das System, und mit ihm das systematische Denken, sei jedoch nichts Starres, Fixierbares, Zeitloses und Unwandelbares. Angesichts des lebendigen „Rechtsorganismus“ müsse die Rechtswissenschaft selbst lebendig sein. Eine Vereinseitigung hinsichtlich der systematischen Seite würde ansonsten den Bezug zum Leben kappen. Daher könne und dürfe Rechtswissenschaft nicht rein deduktiv verfahren. Sie sei vielmehr eine „Kunst“, die die leitenden systematischen Grundsätze in historischer Untersuchung ‚herausfühlt‘ und diese ‚lebendige Anschauung‘ in Anbetracht etwa der Entstehung neuer Rechtsverhältnisse fortentwickele (vgl. Savigny 1840a: 211, 16). Savigny wählt also einen bewusst intuitiven Zugang zu einem Recht, das er als Ausfluss des Lebens versteht (vgl. Haferkamp 2010: 94).¹¹⁰ Daher kann und darf die Tätigkeit des Rechtskundigen nicht auf die bloß

108 Hierin liegt der Unterschied zu den naturrechtlichen und philosophischen Ansätzen (vgl. Baldus 1995: 24ff.). Für Savigny gilt es, die dem Recht innewohnende Einheit zu erkennen, und nicht durch die Juristen herstellen zu lassen.

109 Das Volksgeistdenken hat also konkrete rechtsdogmatische und methodische Auswirkungen. Die Rechtswissenschaft wird nicht nur in ihrer Theorie über den Gegenstand sowie in ihrer Bestimmung als Wissenschaft, sondern ebenso in ihrer konkreten Techniken und Praktiken affiziert.

110 Daher bedarf es für Savigny neben der logischen Gesamtschau einer „organischen“, die diesen Lebensbezug verwirklichen soll (vgl. Savigny 1840a: 292; s.u.).

buchstäbliche, mechanische Anwendung beschränkt werden. Das Rechtssystem muss als dynamisch, anpassungsfähig und damit flexibel bzw. wandelbar verstanden werden. Es ist nach Savigny ein „lebendig waltende[s] und fortschreitende[s] Recht“ (Savigny 1840a: 57), dem eine „wirklich lebendige Rechtswissenschaft“ (Savigny 1814: 147) zu entsprechen hat. Da sich der Volksgeist, und damit sein Produkt, das Recht, immer im Werden befinden, ist das Wissen der Rechtswissenschaften ebenfalls immer ein Wissen im Werden, das sich nicht auf eine logische Tätigkeit reduzieren lässt.

Das Vorbild für eine solche juristische Methode, die letztlich Wirklichkeits- und Wissenschaftsbezug miteinander zu vereinen sucht, sieht Savigny bei den römischen Juristen. Im römischen Recht stoße man auf das ‚organische Prinzip‘, dort erkennt Savigny die weltgeschichtlich höchste juristische Leistung in einer allgemein verbreiteten „Meisterschaft in der juristischen Methode“ (ebd.: 35). Denn der Rechtsstoff sei für die römischen Juristen eine Einheit gewesen, in der sie ausgehend von leitenden Grundsätzen den inneren Zusammenhang und die Art der Verwandtschaft aller juristischen Begriffe und Sätze zu erkennen vermochten. Aus diesem Grund beherrschten die römischen Juristen ihren Stoff in vollendeter Form: „Darum eben hat ihr ganzes Verfahren eine Sicherheit, wie sie sich sonst außer der Mathematik nicht findet, und man kann ohne Uebertreibung sagen, daß sie mit ihren Begriffen rechnen.“ (Ebd.: 29) Dass sie nichtsdestotrotz die Begriffe und Sätze dabei durch die „lebendigste[] Anschauung“ (ebd.: 30) und nicht durch logisch-rationalistische Abstraktion gewonnen hätten, habe die römischen Juristen vor der drohenden Gefahr des Realitätsverlusts eines rein deduktiven Verfahren bewahrt. Hierin liege das Geheimnis ihres lebendigen Fortschreitens, ihrer „organischen Entwicklung“, bestimme sich der Charakter der römischen Methode doch durch „das Festhalten am Herkömmlichen, ohne sich durch dasselbe zu binden, wenn es einer neuen, volksmäßig herrschenden Ansicht nicht mehr entsprach“ (ebd.: 32).

Nach Savigny muss daher das römische Recht durchdrungen werden, um von ihm zu lernen – nicht um zum vergangenen Zustand zurückzukehren, sondern um „den eigenen Werth desselben in frischer Anschauung gegenwärtig [zu] erhalten“ (ebd.: 117). Damit schließt sich der Kreis: Das römische Recht zeigt als gemeines Recht nicht nur Einheit des deutschen Volkes, sondern liefert zugleich die richtige Methode im Umgang mit dem Recht. Der Rückblick auf die Vergangenheit führt hinsichtlich

Rechtsmaterie wie Rechtsmethode zum römischen Recht, und von dort aus in die Gegenwart: zum ‚heutigen römischen Recht‘.¹¹¹

Die rechtserzeugende Kraft der Rechtswissenschaft

Dieser Weg führt zugleich in die Zukunft. Denn die Tätigkeit der wissenschaftlichen Rechtsfindung wird selbst zu einer Art Rechtserzeugung. In seinem historischen Entwicklungsschema stellt Savigny nicht nur eine Professionalisierung und Ausdifferenzierung des Rechts fest, sondern schreibt den Juristen in dieser Situation eine bestimmte Funktion zu: Wenn das Recht „vorher im Bewußtseyn des gesammten Volkes lebte, so fällt es jetzt dem Bewußtseyn der Juristen anheim“ (Savigny 1814: 12). Damit wird der Rechtswissenschaftler zum „Repräsentanten des Ganzen“ (Savigny 1840a: 46). Die Wissenschaft sei zwar lediglich ein „Organ“ des Volksrechts, im Zuge der funktionalen Differenzierung gehe aber aufgrund des Repräsentationsgedankens die rechtsbildende Kraft des Volkes auf sie über. Diese liege nun in der Rechtswissenschaft selbst und erscheine auch nur dort unmittelbar (vgl. ebd.: 50ff.). Der Jurist wird also selbst rechtserzeugend tätig.

Diese Tätigkeit hat für Savigny zwei Seiten: „eine materielle, indem sich die rechtserzeugende Thätigkeit des Volks großentheils in ihn zurückzieht, und von ihm, als dem Repräsentanten des Ganzen, fortwährend geübt wird“, sowie „eine formelle, rein wissenschaftliche, indem von ihm das Recht überhaupt, wie es auch entstanden seyn möge, in wissenschaftlicher Weise zum Bewußtseyn gebracht und dargestellt wird“ (ebd.: 46). Diese beiden sehr verschiedenen Formen sind für Savigny gleichermaßen „wissenschaftliche[s] Recht“ (ebd.: 49). Er setzt sie letztlich in eins, sieht er doch „die wesentliche Identität des Gewohnheitsrecht mit dem wissenschaftlichen Recht“ (ebd.: 91). Kurz: Juristenrecht ist Volksrecht. Die Wissenschaft wird damit zur Quelle neuen Rechts, ja sie habe gegenwärtig sogar aufgrund des historischen Entwicklungsschemas einen Vorrang (vgl.

111 Allerdings muss man zur Klarstellung einfügen: Hinsichtlich der Rechtsmaterie interessiert Savigny der Umstand der Einheit, nicht die konkret-materielle Regelung im römischen Recht. Denn da es um das heutige römische Recht geht, kann es immer sein, dass die konkrete Rechtsregelung mittlerweile abgestorben ist – eine Frage, die die historische Forschung zu beantworten versucht. Es geht also nicht um die bedingungslose Rückkehr zum römischen Recht, sondern um die Rückkehr zur römisch-rechtlichen Methode.

Stichweh 1992: 342).¹¹² Damit kann sich die Rechtswissenschaft gegenüber der Gesetzgebung, aber auch gegenüber dem gegenwärtigen Volk absichern: Ihr Stoff ist nicht von ihnen abhängig. Und sie wird aufgewertet: Ihr kommt es zu, über neues Recht zu entscheiden.

Aus diesem Grund ist Savignys Schrift als Erneuerung der Rolle der (Gemein-)Rechtswissenschaft für den Fortgang der Nation zu lesen. Angesichts des von Thibaut so deutlich beklagten Zustands der Rechtszersplitterung in Deutschland kann das rechte Mittel nicht in der Gesetzgebung liegen. Fortschritt der Nation kann nicht über willkürliche Rechtssetzung geschehen, sondern nur über eine gesteigerte Bildung.¹¹³ Und das Mittel dafür liegt „in einer organisch fortschreitenden Rechtswissenschaft, die der ganzen Nation gemein seyn kann“ (Savigny 1814: 161; vgl. auch 1817: 45).

2.4 *Recht und Repräsentation*

Savigny vermag über seine Verankerung im Volksgeist das Recht gegenüber Politik und Naturrecht zu reinigen und autonom zu setzen. Gleichzeitig eröffnet sich aber eine neue potentielle Konkurrenzsituation für die Rechtswissenschaft: Wer das Wissen über den Volksgeist hat, kann zu den Fundamenten des Rechts vordringen.

Repräsentation I: Recht als Repräsentation des unsichtbaren Volksgeistes

Savigny begegnet diesem Problem zum einen mittels einer Strategie der Verdunklung. Auch wenn er den Volksgeist als eine reale, objektiv vorgegebene Sphäre ansieht, die die spezifischen Objekteigenschaften eines Organismus aufweist, engt er diesen Gegenstand auf eine geistige Tradition

112 Savigny verwendet den Ausdruck ‚Quelle‘ im doppelten Sinne: Einmal als allgemeinen Entstehungsgrund des Rechts – das ist der Volksgeist, und dementsprechend handelt es sich um Volksrecht –, und das andere Mal als konkrete Quelle, in der man das Recht erkennen kann, weil es darin seinen Ausdruck findet. Davon gibt es drei: das Gewohnheitsrecht, das Gesetz sowie, wie eben ausgeführt, das wissenschaftliche Recht (vgl. Savigny 1840a: 34ff.).

113 Damit wird die Hinwendung zum römischen Recht für die Rechtswissenschaft zu einer Notwendigkeit: Die gegenwärtige Rechtswissenschaft erweist sich als grundlegend mangelhaft. Was in einem solchen Zustand geschaffen wird, kann nur schlecht und verderblich sein – für den Code Civil, das Preußische ARL oder das österreichische BGB, die diesem Geist entwachsen sind, hat Savigny nur vernichtende Worte übrig.

ein. Als solche sei er jedoch mit einem Erkenntnismangel behaftet: Das Volk sei ein „unsichtbare[s] Naturganze[s]“ (Savigny 1840a: 21), in dem „innere, stillwirkende“ bzw. „unsichtbare“ Kräfte walteten (Savigny 1814: 14; 1840a: 41). Das „gemeinsame[] Bewußtsein“ eines Kollektivs, sein ‚Geist‘, habe ein unsichtbares Dasein (Savigny 1840a: 35). Kurz: Es handelt sich um einen „unsichtbar arbeitenden Volksgeist“ (ebd.: 56).

Über diese Bestimmung entzieht sich der Volksgeist der direkten wissenschaftlichen Untersuchung.¹¹⁴ Er verweist auf ein Wissen im Werden, nicht nur weil das Wissen über einen lebendigen und sich wandelnden Organismus immer im Werden begriffen ist, sondern insbesondere auch, weil man sich ihm aufgrund des Erkenntnismangels nur annähern kann. Die Erkenntnishindernisse bzgl. dieses Objekts bewirken, dass das Wissen nicht auf einer gesicherten Grundlage steht. Das ‚Ding‘ Volksgeist ist unsichtbar, es bleibt notwendigerweise vage und verschwommen.¹¹⁵ Es kann letztlich nur durch seine Vergegenständlichungen und Verobjektivierungen sichtbar werden. Daher bedarf es bestimmter „Mittel“, um es zu erkennen (Savigny 1840a: 35). Diese findet Savigny in sich wiederholenden äußeren Handlungen (vgl. ebd.: 35ff.). Solche Institutionalisierungen sind Erscheinungsformen des Volksgeistes, und als solche zu untersuchen. Sie geben dem unsichtbaren Wesen eine Gestalt und Form, d.h. eine äußere Wirklichkeit. In und durch sie wird also das unsichtbare Wesen der Erkenntnis mittelbar zugänglich gemacht.¹¹⁶

114 Mit Verweis auf die göttliche Fundierung des Volksorganismus als „Organismus höherer Art, zu dessen Haupt Gott gesetzt hat, und mit welchem er innerlich eins werden soll“ (Savigny 1850a: 131) formuliert Ross: Der Volksgeist wird nicht als Kausalnexus gefasst, sondern als *prima causa*, als göttlich-anthropologisches Prinzip, das sich nicht erklären und vorhersagen, sondern nur errahnen lässt (vgl. Ross 1929: 158f.).

115 Diese Vagheit bedingt auch die divergierenden Lesarten der Rechtsentstehungslehre, wird doch von jeher darum gestritten, wie der Volksgeist bei Savigny richtigerweise zu verstehen sei: etwa als eigenständige überindividuelle Sphäre (Stammler 1925a: 354); als Glied einer allgemeinen ‚kultursoziologischen‘ Lehre (Rothacker 1923: 420); als ein empirischer Sachverhalt (Jakobs 1983: 27); als metaphysisch und kulturphilosophisch (Böckenförde 1965: 15), oder, wie heutzutage vor allem angenommen wird, als objektiv-idealistisch (Rückert 1984, siehe folgende Fn.).

116 Diesen Denktypus, der in der äußeren Wirklichkeit einen geistigen Zusammenhang nachweist, um durch diesen die Wirklichkeit verständlich zu machen, wird in verschiedenen Spielarten für Savigny von Dilthey, Rothacker, sowie seitens der Rechtswissenschaft prominent von Rückert als „objektiv-idealistisch“ gekennzeichnet (vgl. Rückert 1984).

An dieser Stelle kommt das Recht ins Spiel: Recht ist ‚Gewohnheitsrecht‘, und es zeigt sich in der Gewohnheit. In demjenigen, was sich als Recht und im Recht tradiert, wird die „ordnende Sitte der Privatverhältnisse“ (Savigny 1817: 21) und damit die gesellschaftliche Ordnung erkennbar. Der Volksgeist erfährt also eine Form der Verobjektivierung in den überlieferten Rechtsverhältnissen, Rechtsfragmenten und Rechtsentscheidungen aus dem reinen Gebiet des Privatrechts, wie es im *Corpus iuris civilis* enthalten ist. Diese werden zu seinem Erkenntnismittel.¹¹⁷ Mehr noch: Weil das Recht ein selbsttätiger Organismus ist, weil es als solches wie der Volksgeist eine systematisch-organische Einheit bildet, wird das Rechtssystem selbst zum Erkenntnismittel des „Volksorganismus“. Das Recht als System ist die wissenschaftlich zugängliche Repräsentation des Volksgeistes.

Der Rechtswissenschaftler hat zwar den Volksgeist im Blick, aber er kann ihn nicht direkt anvisieren.¹¹⁸ Konsequenterweise behandelt Savigny den Volksgeist auch nicht als rechtstechnischen Begriff. Vielmehr dient er als prä-rechtliche Voraussetzung der Etablierung eines Binnenraums des ausdifferenzierten Privatrechts. Oder anders formuliert: Gerade weil Savigny das Recht vergesellschaftet, kann er es als einen ausdifferenzierten Bereich, ein eigenständiges ‚Organ‘, konzeptionalisieren. Die Autonomie des Rechts ist zwar relativ zum Ganzen, in das es immer schon eingebettet ist. Auf wissenschaftlicher Ebene handelt es sich aber um eine absolute Autonomie, da man sich dem Produzenten ‚Volksgeist‘ immer nur über das Recht nähern kann.

Diese Annäherung wiederum kann nicht über quantitative Erkenntnisse erfolgen. Denn die Gewohnheit ist Wirkung und nicht Ursache. Sie verweist auf das gemeinsame Bewusstsein als eigentlicher Entstehungsgrund. Bei diesem Geist oder Bewusstsein handelt es sich aber gerade nicht um eine quantifizierbare, der statistischen Messung zugängliche Kategorie; wenn überhaupt kann Statistik in diesem Modell nur Indizfunktion für

117 Das positive Recht weist an sich denselben Erkenntnismangel wie der Volksgeist auf: Als Bewusstseinsform (Rechtsbewusstsein) ist es ebenfalls unsichtbar (vgl. Savigny 1840a: 35), allerdings ist es unmittelbarer über Gewohnheit und die genannten Indizien erkennbar.

118 In Walter Wilhelms Interpretation gibt daher die Volksgeisttheorie des Rechts keine Antwort auf die Frage nach dem Verhältnis von Recht und gesellschaftlicher Wirklichkeit: „Ihre These vom Volksgeist“, der wesentlich mit einem Erkenntnismangel behaftet ist, „bedeutet den Verzicht auf eine exakte Formulierung dieses Verhältnisses.“ (Wilhelm 1958: 35) Dem wird hier widersprochen: Das Verhältnis wird – auch im Diskurs der Privatrechtswissenschaften – als ein solches der Repräsentation bestimmt.

ein qualitatives Moment haben. Daher sind Wissensformen der Kameralistik, der Policeywissenschaften und der Statistik, die Aufschluss über die Bevölkerung geben, für die Rechtswissenschaft nicht anwendbar. Qualitative Wissensformen wie Sprichwörter, Poesie oder Sagen sind dann relevant, wenn sie sich auf das Recht beziehen. Sie können als Indiz für das Bewusstsein des Volkes gelten.

Letztlich gilt: Den potentiellen disziplinären Spielraum (etwa für die Volks- und Völkerkunde, aber letztlich auch die Soziologie), den Savigny eröffnet, indem er den Volksgeist als ein epistemisches Ding fasst, begrenzt er, indem er ihn in den Bereich des Unsichtbaren, Dunklen, nicht Zugänglichen verlagert. Nicht nur dem Rechtswissenschaftler ist der Volksgeist unzugänglich. Eine eigenständige Wissenschaft zur Erforschung des Volksgeistes als kollektiver Totalitätszusammenhang erscheint nicht möglich.

Repräsentation II: Der Privatrechtswissenschaftler als Gesellschaftswissenschaftler

Zum anderen begegnet Savigny dem Problem eines konkurrierenden Wissens über den Volksgeist mit einer Strategie der Verlagerung. Weil das epistemische Ding ‚Gesellschaft‘ nicht zu erkennen ist, ist man auf Hilfsmittel angewiesen. In seinem geschichtlichen Entwicklungsschema des Rechts geht das Rechtsbewusstsein im Zuge der funktionalen Differenzierung auf den Juristenstand über. Dieser repräsentiert den Volksgeist. Und genau deshalb erweist sich das Recht und die Rechtswissenschaft als der bevorzugte Ort, an dem sich dennoch etwas über den an sich nicht zugänglichen Gegenstand äußern lässt. Da die Erkenntnismittel also im Recht liegen, ist die Rechtswissenschaft die eigentliche Gesellschaftswissenschaft. Selbstbeobachtung des Rechts führt zur Erkenntnis der zugrunde liegenden Sozialsphäre, während eine Fremdbeobachtung des Rechts aus einer solchen Perspektive nicht möglich ist.

Überspitzt formuliert gilt also: Der wahre Gesellschaftswissenschaftler ist der Privatrechtswissenschaftler.¹¹⁹ Denn letztlich geht es darum, die natürliche und wahre Ordnung des Rechts durch die Wissenschaft zutage zu fördern – und damit zugleich die grundlegende (normative) Ordnung des Volkes. Savigny formuliert also eine Asymmetrie zwischen den möglichen

119 Für die Bestimmung des Rechts als Kulturprodukt gilt: Der wahre Kulturwissenschaftler ist der Rechtswissenschaftler, wie dies etwa der in der Tradition der Historischen Rechtsschule stehende Wilhelm Arnold in seinen Untersuchungen zu *Cultur und Rechtsleben* statuiert (vgl. Arnold 1865; s.a. 1868).

Reflexionstheorien, indem er die Möglichkeit einer (gesellschaftstheoretischen) Fremdbeschreibung zugunsten einer juristischen Selbstbeschreibung verneint, da letztere genau diese Funktion zu erfüllen vermag.

Das bedeutet für Savigny aber zugleich: Die Rechtswissenschaft wird zum Motor der Volksentwicklung. Im historischen und systematischen Studium des römischen Rechts soll das klare und lebendige Bewusstsein für das organische Ganze entstehen, die Wiederherstellung des Bezugs zum Volksgeist.¹²⁰ Nicht der Gesetzgeber, sondern der Juristenstand wird damit zum legitimen Subjekt der Volksverbesserung, da er der eigentlich Volkskundige ist. Und der Rechtswissenschaftler, hier Savigny, wird, wenn er die Kenntnisse des Juristenstandes kundtut, als eigentlicher Repräsentant des gemeinsamen Bewusstseins des Volkes zum legitimen Subjekt, diese Annahmen über den Volksgeist in den Diskurs einzubringen. Indem der Volksgeist ins Zentrum des Rechts rückt – auch wenn dieses Zentrum unsichtbar ist –, wird nicht nur der Gegenstand ‚Recht‘ autonom gesetzt, was die Unabhängigkeit der Rechtswissenschaft garantiert, sondern zugleich wird auch das legitime Subjekt der Äußerung über den Volksgeist bestimmt: Es ist der Rechtswissenschaftler, der das Recht zu erkennen vermag und in seiner Tätigkeit weiterbildet und damit das gemeinsame Bewusstsein des Volkes fortschreibt.

Der Volksgeist wird in Savignys Äußerungen in der Auseinandersetzung mit der Kodifikationsfrage systematisch hervorgebracht: Es ist eine normative Sphäre, die die Eigenschaften eines lebenden Organismus aufweist. Gerade auf der Ebene der Rechtstheorie, d.h. der generellen Annahmen über das Recht, zeigt sich, dass der Volksgeist für Savigny eine spezifische Art und Weise darstellt, das Verhältnis von Recht, Macht und Wissenschaft zu konzeptionalisieren: Das Recht entzieht sich als Produkt des Volksgeistes der politischen Macht, und das Problem wird auf der vorgeblich machtneutralen Ebene der Wissenschaft reformuliert. Das Recht wird autonom. Zugleich entfaltet der Volksgeist epistemische Wirkungen, da er im Rahmen der Rechtsquellenlehre nicht nur zur Charakterisierung des Rechts beizutragen vermag, sondern zudem die Frage der Erkenntnis und der Erkennbarkeit des Rechts aufwirft.

120 Hierin liegt die Hoffnung Savignys, denn ist „die Rechtswissenschaft auf die hier beschriebene Weise Gemeingut der Juristen geworden, so haben wir in dem Stand der Juristen wiederum ein Subject für lebendiges Gewohnheitsrecht, also für wahren Fortschritt, gewonnen“ (Savigny 1814: 133).

3. Epistemische Folgen II: Dogmatisch-methodische Praktiken der Volksgeistlehre

Diese Fragen der Erkenntnis und der Erkennbarkeit des Rechts versucht Savigny über seine dogmatischen und methodischen Arbeiten zu lösen. Der Volksgeist zeigt darin nicht nur in der abstrakten Bestimmung der richtigen Herangehensweise seine Wirkung, indem er durch seine Eigenschaften die Rechtswissenschaft zu der charakteristischen Doppelung in die historisch-systematische Methode verpflichtet. Vielmehr wirkt er ebenso auf die Ausformung der konkreten Praktiken auf der genuin rechtswissenschaftlichen Methodenebene ein.

3.1 Historische Wissenschaftspraktiken

Die Unsicherheit bei der Frage danach, was als Recht gilt und daher Recht ist, beruht bei Savigny auf der Tatsache, dass der Volksgeist und damit sein Produkt, das Recht, nur über seine Entwicklung von der Vergangenheit bis zur jüngeren Gegenwart zugänglich ist. Daher fordert Savigny, das Recht ausgehend von seinen ‚Wurzeln‘ zu studieren, um über die inneren Entwicklungslinien und organischen Entwicklungsgesetze die Genese und konkrete Ausformung des *heutigen* römischen Rechts im notwendigen Traditionszusammenhang erklärbar zu machen. Es bedarf der historischen Forschung, d.h. des Suchens nach den historischen Quellen. Diese literarische Indizien ermöglichen das Wissen über das ‚wahre‘ Recht.¹²¹

Für die Frage des Volksgeistes im Recht (sowie die der richtigen rechtswissenschaftlichen Methode) wird das römische Recht zentral gesetzt. Als relevante Wurzel gilt Savigny der *Corpus iuris civilis*¹²², v.a. seine zentralen Bestandteile: die Pandekten, eine Sammlung an Auszügen aus den Schriften klassischer römischer Juristen, sowie die Lehrbuchordnung der Institutionen.¹²³ Er begrenzt den Stoff der historischen Untersuchung auf eine

121 Zur Doppelung der historischen Methode in „absolute“ Methode, die auf die Erkenntnis der Entstehung und damit der Wurzeln des Rechts zielt, und „Literargeschichte“ (Savigny 1815a: III), die die wissenschaftliche Bearbeitung dieses Stoffes untersucht, vgl. Kriebbaum 1999.

122 Die vom oströmischen Kaiser Justinian (528–534) mit Gesetzeskraft versehene Kompilation im *corpus iuris* umfasst neben den Pandekten und den Institutionen den *Codex Justinianus* (Sammlung römischer Kaisergesetze) sowie die *Novellen Justinians* (Gesetzesänderungen und Ergänzungen).

123 Da das römische Recht nur in den Zeiten des römischen Volkes wirklich lebendig ausgeübt wurde (und damit auf den Volksgeist verweist), muss die histo-

konkrete Wurzel, die sich in der Geschichte bewiesen habe.¹²⁴ Damit schließt er sowohl die Rechtsanwendung als auch breitere historische Arbeiten aus, die politische, gesellschaftliche oder allgemeinhistorische Aspekte einbeziehen. Das impliziert zugleich eine eingeschränkte Bedeutung der neueren rechtswissenschaftlichen Literatur, die Savigny letztlich nur als Interpretation der zugrunde liegenden Quellen begreift (vgl. Coing 1979: 16; Kriebbaum 1999).

Savigny erwarb große Bücherbestände und durchforstete unermüdlich die europäischen Bibliotheken nach antiquarischen Handschriften und seltenen Drucken (vgl. Wieacker 1959: 129f.). Im Grunde forderte er eine vollständige und erschöpfende Lektüre der gesamten Literatur von den Glossatoren bis zur Gegenwart (vgl. Savigny 1840a: XLVlf.). Genau deshalb erweist sich das Recht aber als unsicher: Man weiß nicht, ob man alle Quellen bereits gefunden hat und muss daher weitersuchen. Die historische Forschung als Quellensuche wird so bis zum Anfang der 1840er Jahre zu Savignys Hauptaufgabe, aber auch der Anhänger der Historischen Rechtsschule.¹²⁵

3.2 Die dogmatisch-methodische Arbeit: Der Volksgeist in den rechtswissenschaftlichen Praktiken und Techniken

Zugleich verpflichtet der Volksgeistcharakter des Rechts die Rechtswissenschaft zur systematischen Methode, die im Zentrum v.a. seines mehrbändigen *Systems des heutigen Römischen Rechts* (ab 1840) steht. Mit dem Volksgeistmodell baut Savigny dabei seine Arbeit auf der holistischen Prämisse auf, dass das Recht eine organische Ganzheit darstelle, dessen Struktur sich über die leitenden Grundsätze erkennen lasse, die zugleich den Zusammenhang unter allen Einzelbestimmungen (egal ob Regel oder Ausnahme) vermitteln. Das Zurückführen auf die dem Recht „inwohnende Ein-

rische Arbeit bei der Jurisprudenz der römischen Zeit ansetzen (vgl. Kriebbaum 1999: 54).

124 Da nach Savigny nur der *corpus iuris* rezipiert worden war, und für ihn die Rezeption den Geltungsgrund des römischen Rechts darstellt, lässt er das römische Recht vor Justinian außer Acht. Nicht berücksichtigt wird aber für das *heutige* römische Recht auch all das, was aus dem gegenwärtigen deutschen Rechtszustand verschwunden ist (Savigny 1840a: 2) – wie immer man das auch bestimmen mag.

125 Vgl. insbesondere Savignys seit 1815 erschienene mehrbändige *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*.

heit“ (Savigny 1815b: 395) garantiert nicht nur die Erkenntnis des ‚wahren Rechts‘, sondern zugleich dessen Wirklichkeitsbezug, handelt es sich doch um die Erkenntnis des organischen Prinzips des Lebens. Damit ist jedoch noch nicht bestimmt, wie dieses Systemerkenntnis vonstattengehen soll, d.h. unter welchen Vorgaben und nach welcher Methode der Systemaufbau analysierbar wird.

Volksgeist und Systemerkenntnis: Induktion – Deduktion – Rekonstruktion

Savignys Rechtsanalyse basiert auf der Prämisse, dass das Recht ein System bildet. Insofern muss man von einem holistischen Blick auf das Recht sprechen. Für die Ermittlung des Systemaufbaus entscheidet er sich aber für eine andere Herangehensweise, nämlich für einen methodologischen Individualismus:¹²⁶ Ausgangspunkt bildet das „Rechtsverhältnis“, d.h. eine „durch eine Rechtsregel bestimmt[e]“ Beziehung zwischen zwei Personen (Savigny 1840a: 333).¹²⁷ Ein Rechtsverhältnis (des Privatrechts) hat demzufolge zwei Seiten: zwischenmenschliche Relation (als materielles, tatsächliches Element) und Rechtsregel (als formelles, geistiges Element, vgl. ebd.).¹²⁸ Die Rechtsregel ist damit bei Savigny immer schon unmittelbar mit den tatsächlichen Verhältnissen verknüpft, den „Lebensverhältnissen“ (ebd.: 48), an denen sie sich gebildet hat und deren Natur sie ausspricht (vgl. Wilhelm 1958: 47). Sie hat für Savigny eine wesentlich „organische Natur“, d.h. sie ist nicht starr, sondern dem Wandel der Lebensverhältnisse bzw. des Rechts in seiner organischen Entwicklung unterworfen.

126 Anders gesagt: Da die holistische Ebene, der Volksgeist in seiner dunklen Werkstätte, wissenschaftlich nicht zugänglich ist, setzt Savigny an den einzelnen intersubjektiven Beziehungen (Rechtsverhältnissen) an. Man muss insofern von einem „methodologischen“ Individualismus sprechen, als die Hinwendung zur Individualebene nur aus methodologischen Gründen erfolgt – und nicht aufgrund der Fundierung des Rechts im Individuum.

127 Zur Entstehungsgeschichte des § 52 „Wesen der Rechtsverhältnisse“ in Band 1 des *Systems des heutigen Römischen Rechts*, den Savigny mehrfach grundlegend überarbeitet hatte, vgl. Kiefner 1982.

128 Ein Rechtsverhältnis ist abstrakt gesehen „das auf bestimmte Weise geregelte Zusammenleben mehrerer Menschen“ (Savigny 1840a: 18). Nicht alle zwischenmenschlichen Beziehungen sind für Savigny Rechtsverhältnisse: Er unterscheidet „[m]enschliche Verhältnisse, die ganz“ (z.B. Eigentum), „andere die gar nicht“ (z.B. Freundschaft), „noch andere die nur theilweise dem Rechtsgebiet angehören, oder durch Rechtsregeln beherrscht werden“ (z.B. Ehe; ebd.: 334).

Die „Bestimmung durch eine Rechtsregel“ besteht nun für Savigny – seiner Definition der allgemeinen Aufgabe des Rechts folgend – „darin, daß dem individuellen Willen ein Gebiet angewiesen ist, in welchem er unabhängig von jedem fremden Willen zu herrschen hat“ (Savigny 1840a: 333). Durch das Recht wird in der Einrichtung der Lebensverhältnisse die Sphäre einer Handlungsmacht zur Willensbetätigung bestimmt, und das in der rechtstechnischen Form des „subjektiven Rechts“ (vgl. schon Savigny, Hammen 1993 [1824/25]: 13).

Das subjektive Recht ist dem Rechtsverhältnis nachgängig, es stellt „nur eine besondere, durch Abstraction ausgeschiedene Seite“ (Savigny 1840a: 7) desselben dar. Auch wenn es jenseits der Pflicht als Recht oder Befugnis konzipiert wird (vgl. ebd.),¹²⁹ besteht das subjektive Recht nicht aus sich selbst heraus, sondern nur in der rechtlich geregelten interpersonalen Beziehung. Es kommt den Individuen nicht kraft ihres Menschseins zu, sondern wird ihnen in der Regelung der intersubjektiven Beziehungen gewissermaßen verliehen: „Die Regel, wodurch jene Gränze und durch sie

129 Bei Savigny ist erkennbar, dass er das Recht in der Form des subjektiven Rechts von der Pflicht entkoppelt – jener Umstand, der später mit dem Verweis auf den sozialen Charakter des germanischen Rechts in die Kritik gerät (s.u. § 2.III.2.4). Genau in diesem Sinne stellt die Rechtsfigur des subjektiven Rechts für Luhmann einen Bruch mit der Tradition dar (Luhmann 1999b: 364). Denn das römisch-rechtliche *ius*, wie es sich aufgrund der Rezeption in die westliche Rechts-tradition tradierte, bezeichnet bis in die Neuzeit eine Einheit von Rechten und Pflichten und damit „sozial gesehen, konsolidierte Reziprozität“ (Luhmann 1981a: 50). Die dem *ius* immanente Reziprozität wird in der Entkopplung nun – so Luhmann – „zur bloßen Komplementarität verdünnt“, denn: „[D]as soziale Gegenüber wird in den Rechtsanspruch nur noch mit komplementären Erwartungen in Bezug auf die Rechtsausübung eingebaut, aber nicht mehr mit korrespondierenden Rechten und Pflichten“ (ebd.: 72f.). Auch wenn Savigny sein System nicht auf dem subjektiven Recht aufbaut, muss er als einer der zentralen Protagonisten in der Entwicklung dieser Rechtsfigur angesehen werden – nicht nur, weil er das subjektive Recht vom Klagerecht unterschied, daher das materielle Recht vom Prozessrecht trennte und damit die Überwindung des römisch-rechtlichen *actiones*-System ermöglichte, sondern insbesondere, weil er ein politisch gereinigtes subjektives Recht entwarf, das erst aufgrund dieser vorgegebenen Neutralität in den Bereich des öffentlichen Rechts überwandern konnte (vgl. Wilhelm 1958). Insofern weist Luhmann zu Recht darauf hin, dass gerade die systematische Entfaltung und begriffliche Artikulation des subjektiven Rechts als „markanteste Figur spezifisch neuzeitlichen Rechtsdenkens“ der Pandektistik zu verdanken sei (Luhmann 1981a: 45; vgl. auch 1999b: 370f.). Allerdings müsste man hinzufügen, dass dies nur unter der Bedingung einer holistischen Fundierung des Rechts im Volksgeist vonstattengeht.

dieser freye Raum bestimmt wird, ist das Recht.“ (ebd.: 332)¹³⁰ Daher ist das Privatrecht – um in Webers Terminologie zu sprechen – nicht gebietend oder verbietend, sondern wesentlich ein ermächtigendes Recht (Weber 1976 [posthum]: 397f.). Und das subjektive Recht ist nicht der Grundstein des Systemaufbaus. Anders gesagt: Da das Recht in seiner Emergenz nicht auf die Handlungen der Individuen rückführbar ist, sondern dem Volksgeist entspringt, kann es als eine von Gruppen getragene Anschauungsweise nicht von einer Ansammlung isolierter Individuen, rechtstechnisch gefasst als Personen mit subjektiven Rechten, her erklärt werden.¹³¹ Dementsprechend handelt es sich beim privatrechtlichen Vertrag als Kern des Privatrechts auch nicht um eine Rechtsquelle (vgl. Savigny 1840a: 12), würde damit doch das Recht unter den Willen Einzelner fallen.¹³²

Aufgrund des organischen Gedankens ist das Einzelne nie aus sich selbst heraus erkennbar, sondern erst in seinem organischen Zusammenhang mit dem Ganzen. Das gilt auch für die Rechtsverhältnisse. Sie befinden sich nicht in beliebiger Vielfalt und im zufälligen Nebeneinander, sondern schließen sich über innere Verwandtschaft zu höheren systematischen Einheiten bzw. Typen zusammen: Um zum „Wesen der Sache“ vorzudringen und nicht bei der äußeren Erscheinung insbesondere im Gesetz stehen zu

130 Konsequenterweise verneint Savigny, wie bereits erwähnt, das Unrecht, das dem Mensch qua Menschsein zukommt, und nimmt nur die sogenannten „erworbenen Rechte“ in den Blick, die den Individuen durch Recht zugesprochen werden (vgl. Savigny 1840a: 335ff.). Allerdings konzentriert sich die kritische Auseinandersetzung mit dem modernen Recht meist auf das subjektive Recht als Kernbestand der liberalen Rechtsidee, wobei Savigny eine zentrale Rolle zugesprochen wird (vgl. jüngst Menke 2015: 29ff.). Verkannt werden m.E. die zugrunde liegenden gesellschaftstheoretischen Annahmen, die mit einem solchen Liberalismusbegriff nicht kompatibel sind (schon gar nicht bei Savigny). Damit bleibt die Frage, wie der Übergang zu einer liberalen Gesellschaftsauffassung vonstatten ging – wenn man nicht, wie Menke, bei der Diagnose einer sozusagen „gesellschaftslosen“ Naturalisierung eines vorsozialen Individuums stehen bleiben will (siehe hierzu die nächste Fn.).

131 Insofern kann man auch sagen, dass Savigny nicht von fertig vorgegebenen Subjekten ausgeht, sondern von solchen, die in sozialen Konstellationen produziert werden, diese Konstellationen ihrerseits in den Einrichtungen ihrer Lebensverhältnisse, den Rechtsverhältnissen, produzieren und sich dabei reproduzieren bzw. wandeln, so wie sich die Rechtsverhältnisse und mit ihnen die subjektiven Rechte ändern.

132 Den Vertrag begreift Savigny als Unterfall der Willenserklärung (Savigny 1840b: 307). Wesen, Zustandekommen und Wirksamkeit des Vertrags konzipiert er also ausgehend von der Willenserklärung und stellt diese Konzeption als Rechtsgelehrtslehre in einem Allgemeinen Teil dem System voran.

bleiben, müsse erkannt werden „daß in der That jedes Rechtsverhältniß unter einem entsprechenden Rechtsinstitut, als seinem Typus, steht, und von diesem auf gleiche Weise beherrscht wird, wie das einzelne Rechtsurtheil von der Rechtsregel“ (ebd.: 9f.). Das Rechtsinstitut ist der eigentliche Grundbegriff in Savignys System (vgl. ebd.: 10, 386; Wilhelm 1958: 47f.).

Da dem Einzelnen im Rechtsverhältnis „ein Gebiet unabhängiger Herrschaft des individuellen Willens“ gewährt wird, nimmt Savigny die Typenbildung im Rechtsinstitut anhand der Frage vor, auf welchen „Gegenstand“ dieser Wille einwirkt (Savigny 1840a: 334). Er unterscheidet dabei die äußere Natur (Sachen) sowie andere Personen als die zwei Hauptgegenstände der rechtlichen Willensherrschaft.¹³³ Mittels der Annahmen von „Verwandtschaft“, „notwendigem“ oder „organischem Zusammenhang“ und „Ergänzungen“ (vgl. ebd.: 398, 339 u.ö.) werden über diese Unterscheidung der Willensrichtung aus den Rechtsverhältnissen die typisierenden Rechtsinstitute und Klassen gewonnen (Sachenrecht, Obligationenrecht und Familienrecht).¹³⁴

Über die Rechtsinstitute gelangt Savigny dann zum System. Denn auch für diese gelte, „daß alle Rechtsinstitute zu einem System verbunden bestehen, und daß sie nur in dem großen Zusammenhang dieses Systems, in welchem wieder dieselbe organische Natur erscheint, vollständig begriffen werden können“ (ebd.: 10).¹³⁵ Erst das Vordringen zu den Rechtsinstituten in ihrem organischen Systemzusammenhang ermögliche dann die richtige Anwendung des Rechts: Nur wer das Wesen des in Frage stehenden Rechtsinstituts in seiner Stellung im System erkenne, könne das konkrete Rechtsverhältnis, das vom Institut beherrscht wird, in seiner Wahrheit erfassen und somit die rechtliche Regel im Urteil über den konkreten Le-

133 Savigny schließt die Einwirkung auf die eigene Person als Gegenstand eines möglichen Rechtsverhältnisses aus, stellt dies für ihn doch eine Auswirkung der kritisierten naturrechtlichen Urrechtslehre dar (vgl. Savigny 1840a: 334ff.).

134 Das Sachenrecht (Recht an einer Sache) und das Obligationenrecht (Herrschaft über einzelne Handlungen fremder Personen) bilden zusammen das Vermögensrecht. Das Familienrecht hat demgegenüber einen Sonderstatus, da es das notwendig gesellige Wesen des Menschen regelt. Denn erstens sei die Familie wesentlich nicht-rechtlicher Natur, und zweitens werde nicht wie im Vermögensrecht die Macht der berechtigten Person erweitert, sondern sich auf das „in der Familie erweiterte“ (ebd.: 344), da „unselbständige“ Selbst bezogen.

135 Wie Wilhelm feststellt, bedeutet dieses systematische Verfahren „die freie Nachschöpfung der natürlichen Ordnung des Rechts durch die Wissenschaft“ (Wilhelm 1958: 60). Savigny baut sein System auf dieser inneren Ordnung des Rechts auf, die er in seiner Analyse herausarbeitet, nämlich: Allgemeiner Teil, Sachenrecht, Obligationen, Familienrecht, Erbrecht (vgl. Savigny 1840a: 389ff.).

benssachverhalt korrekt anwenden (vgl. ebd.: 9). Die Analyse der Rechtsverhältnisse dient Savigny also dazu, durch gedankliche „Construction“ oder „Reconstruction“ (ebd.: 8, 226, 213) auf induktivem Weg die übergeordneten Rechtsinstitute und darüber das System zu ermitteln. Das sei die eigentliche wissenschaftliche Aufgabe, die dann eine richtige Deduktion für den einzelnen Fall erlaube. Für die Frage der Rechtsanwendung, also für das Geschäft der Justiz und der Richterschaft, nimmt daher bei Savigny die Wissenschaft eine führende Rolle ein.¹³⁶

Gegenüber dem Rechtsverhältnis, das „durch die Lebensereignisse“ gegeben wird und daher „unmittelbar in seiner concreten Zusammensetzung und Verwicklung erscheint“, verliert das Rechtsinstitut an konkretem Lebensbezug. Daher lassen sich die Rechtsinstitute „zuerst gesondert construiren, und hinterher willkürlich combiniren“ (ebd. 10), bevor sie wieder „in das Leben übergehen“ (ebd.: 206). Diese Rückbindung an das Leben erfolgt nach Savigny jedoch nicht nachträglich, sondern ist den Rechtsinstituten wesentlich, da sie organisch verfasst sind: Werde ihre wahre Natur richtig erkannt, ihr lebendiger Charakter und organischer Zusammenhang, so zeige sich das Recht selbst als ein Teil des Lebens, als lebendiger Volksgeist, der in ständiger Entwicklung begriffen sei. Insofern endet Savigny nicht bei der Deduktion aus den durch die Typenbildung im System gewonnenen Rechtsinstituten als letztlich einzig verbleibende wissenschaftliche Methode. Vielmehr muss man sich aufgrund des lebenden Charakters des Rechts, das immer im Werden begriffen ist, immer wieder der Ebene der empirischen Rechtsverhältnisse, die der Rekonstruktion zugrunde liegt, zuwenden. Nur in diesem Übergang der Deduktion zur Ebene der (Re-)Konstruktion kann der „heutige“ Charakter des Rechts zutage treten.

Der methodische Weg: Volksgeist, Auslegung und Sinnverstehen

Wie aber erkennt man nun die Rechtsverhältnisse und -institute? Wie lässt sich ihre ‚Reconstruction‘ auf methodischem Weg erreichen? Ganz grundlegend geht es Savigny um das richtige Vorgehen, „den Inhalt der Rechtsquellen aufzunehmen“ (Savigny 1840a: 206). Und auch in dieser Frage haben die Bestimmungen des Dings ‚Volksgeist‘ konkrete Auswirkungen.

136 Das bedeutet aber noch nicht, dass die richterliche Praxis für die Pandektistik gar keine Rolle spielt (vgl. hierzu die grundlegende Studie von Regina Ogorek 1986; zur richterlichen Praxis der Pandektisten selbst vgl. Haferkamp 2011f).

Dies betrifft zunächst Erkenntnisziel und generelle Methodenwahl: Da das eigentliche Erkenntnisproblem in der Erfassung des „wirklichen“ bzw. „wahren Rechts“ als „Factum“, und nicht des gesetzgeberischen Willens oder der abstrakten Vernunft liegt, richtet sich das Ziel auf die Ermittlung des gelebten Rechts als „eigentliche[r] Willen des Volks“ (Savigny 1814: 17f.). Und so wie der Volksgeist ein geistiger Zusammenhang ist, kann es sich beim Recht ebenfalls nur um ein gedankliches Produkt handeln. Die Bestimmung des Rechts, d.h. die Bewusstwerdung des Entstandenen, erfolgt daher wesentlich über dessen Interpretation, d.h. über die *Auslegung* als „Reconstruction des dem Gesetze inwohnenden Gedankens“ (Savigny 1840a: 213).

Auch bestimmt der Volksgeistgedanke die Auslegung als eine *verstehende* Tätigkeit: Ein rein logisches Verfahren sei ausgeschlossen, würde das doch dem organischen Charakter des Rechts nicht gerecht werden. Daher handele es sich bei der Auslegung notwendig um eine „freye Geistesthätigkeit“ (ebd.: 207) und keinesfalls um eine mechanische, die mittels abstrakter Gesetze über Grund und Folge zu einem adäquaten Verständnis ihres Gegenstandes gelangen könne (ebd.: 292). Der Gedanke im Gesetz könne nicht erklärt, sondern nur durch eine einführende Rekonstruktion des Sinnzusammenhangs verstanden werden. Auslegung ist für Savigny daher eine „Kunst“ (ebd.: 211), die sich im Grunde nicht durch Regeln mitteilen, erwerben oder erlernen lässt. Dementsprechend habe die Theorie der Auslegung nur einen begrenzten Wert, helfe jedoch dabei den intuitiven Zugang zum Volksgeist zu finden (ebd.).

Bei der Annäherung an die methodischen Schritte der Auslegung spielt der Gedanke der organischen Ganzheit im Volksgeistdenken eine bestimmende Rolle. Für die Auslegung – prototypisch am Beispiel der Gesetzesauslegung dargelegt¹³⁷ – gilt nach Savigny: Handelt es sich um ein „gesundes“ Gesetz, dessen „Ausdruck“ die Natur des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse als „einen in sich vollendeten Gedanken“ darstellt

137 Auch wenn die Auslegung die allgemeine Methode für alle Rechtsquellen darstellt, geht Savigny bei der Ermittlung des methodischen Vorgehens von der Gesetzesauslegung als (vorgeblich) schwierigstem Fall aus. So schreibt er: „Jedoch bey dem Gewohnheitsrecht und bey dem wissenschaftlichen Recht ist das Geschäft einfacherer Natur. Zwar über das Wesen dieser Arten der Rechtserzeugung kommen sehr einflußreiche Irrthümer vor [...]. Sind aber diese erkannt und vermieden, so ist das Geschäft selbst einer ins Einzelne gehenden Anweisung nicht bedürftig. Anders verhält es sich mit den Gesetzen, bey welchen gerade dieses Geschäft oft eine sehr verwickelte Natur hat.“ (Savigny 1840a: 207).

(ebd.: 222),¹³⁸ dann kommen vier Elemente der Auslegung zum Tragen. Neben das grammatische, das historische und das logische Element (das vom logischen Verhältnis seiner Bestandteile ausgeht) tritt nun das systematische, das bei der Auslegung auf den inneren, organischen Zusammenhang des Rechts als Einheit abstellt (vgl. ebd.: 213f.).¹³⁹ Mittels dieser vier Elemente wird das Gesetz aus verschiedenen Perspektiven beleuchtet, wobei jede davon Einsichten in den zugrunde liegenden Gedanken liefert. Daher kann die Auslegung nur gelingen, wenn die vier Perspektiven „vereinigt“ werden (ebd.: 215). Es existiert also keine Hierarchie, keine Stufenfolge der Anwendung der Elemente, sondern ein je nach Gesetz variierendes Zusammenspiel der Perspektiven, um den jeweiligen Gedanken zu „verlebendigen“.

Dem organischen Volksgeistgedanken kommt aber v.a. bei der Auslegung „mangelhafter“ Gesetze eine entscheidende Rolle zu. Bei der Interpretation von Gesetzen mit „unbestimmte[m]“ oder „unrichtige[m] Ausdruck“ des Gedankens (ebd.: 222) stelle die Auslegung anhand der systematischen Gesamtschau das wichtigste unter den drei zulässigen Hilfsmitteln dar. Denn sie reduziere die Gefahr einer unzulässigen Grenzüberschreitung zur Rechtsfortbildung gegenüber der Auslegung anhand des „Grund[es] des Gesetzes“ und derjenigen anhand der Frage des „inneren Werths des Resultats“ (vgl. ebd.: 224f.).¹⁴⁰

Legt man nicht mangelhafte Einzelgesetze, sondern ganze Rechtsquellen aus, so folgt bei Savigny aus dem Systembegriff des Volksgeistdenkens sowohl die Definition des Mangels als auch das Vorgehen zu dessen Behebung. Das Ganze sei mangelhaft, wenn ein Widerspruch im Rechtsganzen vorliege (ebd.: 263).¹⁴¹ Um diesen zu beseitigen, verwendet er ein synthetisierendes Verfahren, das den Widerspruch angesichts des „verborgenen

138 Savigny geht davon aus, dass jedes Gesetz dazu bestimmt sei, „die Natur eines Rechtsverhältnisses festzustellen, also irgend einen Gedanken (sey er einfach oder zusammengesetzt) auszusprechen, wodurch das Daseyn jenes Rechtsverhältnisses gegen Irrthum und Willkühr gesichert werde“ (ebd.: 212).

139 Zur Besonderheit eines solchen „exegetischen“ Ansatzes, der ausgehend von einer allgemeinen Neuorientierung der Hermeneutik auf die generelle Rekonstruktion des Gedankens, welchen das Gesetz aussprechen soll, abstellt, vgl. Schröder 2012: 212ff. Im System kombiniert Savigny diese „Exegese“ mit den traditionellen Themen der juristischen Auslegungslehre (ebd.: 223f.).

140 Daher legt Savigny hier nun doch eine explizite Stufenfolge der Hilfsmittel fest und unterscheidet je nach Auslegungsgegenstand mehr oder weniger bedenkliche Mittel (vgl. Savigny 1840a: 225, 228).

141 Savigny beschäftigt sich hier insbesondere mit den Problemen, die zum einen aus der Existenz konkurrierender Rechtsquellen im Zustand des Rechtspluralis-

Grunds“ in der systematischen, organischen Einheit als „Schein“ aufzudecken vermag (vgl. ebd.: 273f.).¹⁴²

Die Rechtsquelle als organisches Ganzes sei aber auch dann mangelhaft, wenn das Gesetz nicht vollständig, d.h. lückenhaft ist – wenn z.B. ein neues, unbekanntes Rechtsverhältnis vorliege, aber insbesondere auch dann, wenn in einem bekannten Rechtsinstitut neue Rechtsfragen entstehen. Hier hat der Gedanke des organischen Systems bei Savigny am meisten Gewicht. Denn dann gilt, dass das positive Recht „aus sich selbst ergänzt [wird], indem wir in demselben eine organisch bildende Kraft annehmen“ (ebd.: 290). Technisch wendet Savigny hier das Verfahren der Analogiebildung an, das für ihn aus „der vorausgesetzten inneren Konsequenz des Rechts“ folgt – und zwar sowohl der logischen als auch der organischen Konsequenz, „die aus der Gesamttanschauung der praktischen Natur der Rechtsverhältnisse und ihrer Urbilder hervorgeht“ (ebd.: 292). Über die Analogie werden die Rechtsgrundsätze auf die neuen Fälle und Rechtsfragen übertragbar. Gerade weil dadurch das Recht aus sich selbst heraus weiterentwickelt wird, ist die Analogiebildung bei Savigny ein Abgrenzungskriterium zur ausdehnenden Gesetzesauslegung und zur Rechtsfortbildung. Sie ist eine „Art reiner Auslegung“ (ebd.), d.h. nicht die Juristen schaffen die Regeln, sondern der vorgegebene Gedanke wird in der wissenschaftlichen Behandlung bewusst gemacht und auf neue Fälle angewendet. Zugleich trägt der Jurist als Repräsentant des Volksbewusstseins zur Entwicklung des Rechts bei.

Savigny geht also davon aus, dass das, was wir als Belege des Rechts kennen, sehr wohl widersprüchlich und lückenhaft ist. Unbestimmtheit und Unrichtigkeit sind gängige Formen, in denen uns das Recht in seiner Materialisierung begegnet. Über den Systemgedanken im Volksgeist besitzt das Recht eine eigene Kraft, sich angesichts dieser Unzulänglichkeiten der vorfindlichen Gesetzesmaterie aus sich selbst heraus zu entwickeln. Die Autonomisierung, die die Rechtsentstehungslehre für das Recht bewirkt,

mus folgen, zum anderen aber auch aus dem Zustand des römischen Rechts selbst, da hier Widersprüche ganzer Quellenschichten mit ihren unterschiedlichen Textklassen auftreten. Für das erste Problem zieht er Kollisionsregeln heran (vgl. ebd.: 264ff.), das zweite Problem wird im Folgenden dargestellt.

- 142 Die Synthese erfolgt systematisch, wenn der Widerspruch über ein Regel-Ausnahme- oder ein Regel-Konkretisierung/Einschränkung-Schema aufgelöst wird; historisch, wenn er über ein Regel-historisches Material-Schema beseitigt wird (wobei die systematische Auslegung vorgeht); und wenn beides nicht funktioniert, über die Bestimmung derjenigen Stelle, die im Vergleich mit anderen Stellen dem Grundsatz am ehesten entspricht (vgl. ebd.: 274ff.).

findet hier auch angesichts von Wandel und Neuerungen seinen Ausdruck: Das Recht wird zu einem lebendigen System, das auf Recht rekurriert, um sich – untechnisch gesprochen – weiterzuentwickeln. Und die rechtswissenschaftliche Rechtsentwicklung erlangt den Status nicht einer (rechtspolitischen) Rechtsfortbildung, sondern der Verwirklichung des Rechts. Allerdings weiß Savigny, dass „im Einzelnen die Gränze zwischen reiner Auslegung und eigentlicher Fortbildung des Rechts oft sehr zweifelhaft seyn kann“ (ebd.: 329f.). Über den Begriff der „reinen Auslegung“ versucht er diese Gefahr zu bannen und das Geschäft der Jurisprudenz auf eine reine wissenschaftliche Tätigkeit der Erfassung des „Willen des Volkes“ – auch in seinem Wandel – zu beschränken. Damit wertet Savigny die Rechtswissenschaft auch in der Frage der Rechtsfortbildung gegenüber der Gesetzgebung auf, kommt ersterer doch die Aufgabe zu, sich einer gewandelten Situation anzupassen.

Der Volksgeist wird letztlich, gerade weil er mit einem Erkenntnisman gel behaftet ist, mittels epistemischer Praktiken und Techniken der Systembildung und Auslegung geformt und hervorgebracht. Denn nun zeigt sich: Die Frage der Erkennbarkeit des organischen Ganzen ist wesentlich eine Sinnfrage (Hermeneutik). Hierbei wird eine strenge Bindung an eine Interpretation als kausales Erklären bzw. als logisches Verfahren aufgelockert. Die Ermittlung des Sinns tendiert zum ‚Verstehen‘, und es wird ein flexibles, anpassungsfähiges System entworfen – und zwar sowohl auf der Ebene der Bestimmung des systematischen Charakters des Rechts als auch auf der Ebene der Methode, die keine strengen Regeln vorgibt, sondern Hilfsmittel zur Erreichung der systematischen Einheit bereitstellt. Damit erweist sich der Volksgeist selbst als ein normatives Gebilde, das nur über seinen Systemcharakter verstanden werden kann, der wiederum wandelbar und flexibel ist. So wie der Volksgeist die Eigenschaft des Rechts als System garantiert, so plausibilisiert bzw. garantiert *vice versa* das System des Rechts, dass es sich beim Volksgeist um ein solches lebendes System handelt.

Nicht nur auf der Ebene der Rechtstheorie, sondern insbesondere auf der der Rechtsdogmatik und -methodik spielt die Rechtsentstehungslehre damit eine entscheidende Rolle. Ihre Besonderheit besteht genau in diesem Konnex, den sie zwischen diesen Ebenen herzustellen vermag. Bei Savigny leistet die Vergesellschaftung des Rechts also eine Kongruenz der Ebenen – gerade weil das Recht und die Rechtswissenschaft über die Rechtsentstehungslehre autonom gesetzt werden.

III. *Der Volksgeist im rechtstheoretischen „Feld der Gegnerschaft“: Die Problematisierung des Rechts angesichts der vorausgesetzten gesellschaftlichen Wirklichkeit*

Savignys *Beruf* und seine darauf aufbauenden Annahmen über Quelle des Rechts und Form der Rechtswissenschaft entfalten nicht nur in der römisch-rechtlichen Privatrechtswissenschaft, die zunehmend mit der Pandektistik gleichgesetzt wird, eine dominierende Wirkung, sondern gehen schon in den Anfängen darüber hinaus: Mit Gründung der *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* im Jahr 1814 zusammen mit dem Germanisten Karl Friedrich Eichhorn wandert das epistemische Schema der Rechtsentstehungslehre bereits früh in die wissenschaftliche Arbeit am deutschen, einheimischen Recht ein.¹⁴³ Im Verbund des romanistischen mit dem germanistischen Zweig deckt die Historische Rechtsschule damit den größten Teil der existierenden Privatrechtsmaterie ab und wird zur herrschenden Rechtslehre im Privatrecht.

Savignys Thesen finden aber auch jenseits der Rechtswissenschaften eine große Anhängerschaft. Dazu tragen nicht nur die offenkundigen Bezüge zum romantischen Denken bei, sondern ebenso die Anschlussmöglichkeiten und Übertragungen in andere Disziplinen: So sieht der Germanist Jakob Grimm, Schüler und Freund Savignys, wechselseitige Beziehungen und die Verbindungen der drei in der Germanistik vertretenen Wissenschaften Sprachwissenschaft (Philologie), Historie und Recht (Grimm 1966 [1846]). Damit weist er einerseits auf die insbesondere von ihm selbst verwirklichte Verbindung der Historischen Rechtsschule mit der Philologie und der germanistischen Sprachwissenschaft hin, andererseits aber auch auf die Verbindungswege zur Geschichtswissenschaft (hier mit Blick auf die römische Rechtsgeschichte v.a. Niebuhr, Ranke, Mommsen).¹⁴⁴ Die Nationalökonominnen Wilhelm Roscher und Bruno Hildebrand nehmen ebenfalls Bezug auf die Historische Rechtsschule und ihre Vertre-

143 Savigny gesteht dem gewachsenen einheimischen Recht im Vergleich zu den Partikulargesetzgebungen eine große Nähe zum Volksgeist zu: Es könne als Volksrecht gelten – was jedoch nichts an der Meisterschaft der Methode des römischen Rechts ändert. Daher kann nur die Beschäftigung mit dem römischen Recht für Savigny zum Fortschritt führen. Den Germanisten spricht er damit von Anfang an eine untergeordnete wissenschaftliche Position zu.

144 Zur Ausdifferenzierung der Rechtsgeschichte als eigenständige Disziplin ausgehend von der Entwicklung der Historischen Rechtsschule vgl. Wieacker 1996: 416ff. m. zahlr. N.

ter, um die historische Schule der Nationalökonomie zu begründen (vgl. Roscher 1843: V [Savigny und Eichhorn]; Hildebrand 1848 [Grimm]).¹⁴⁵

Die Volksgeistlehre veranlasst aber auch zu zahlreichen polemischen Kritiken. Heinrich Heine sieht in seinem ehemaligen Professor Savigny den „elegant geleckten, Süßlichen Troubadour der Pandekten“ (Heine 1913: 382);¹⁴⁶ dem von Kant beeinflussten Straf- und Zivilrechtler Paul Johann Anselm von Feuerbach kommen die historischen Juristen „wie Leute vor, die die Knochen einer Mumie benagen und die Fasern am Mumienkasten zählen“ (Feuerbach 1832, zitiert nach Radbruch 1969: 192);¹⁴⁷ und für den ehemaligen Savigny-Schüler Karl Marx betreibt die Historische Rechtsschule „*historischen Reliquiendienst*“: Sie „schände“ sämtliche rechtlichen, sittlichen und politischen Heiligtümer „vor den *Augen der Vernunft*, um sie hinterher zu Ehren zu bringen vor den *Augen der Historie*, zugleich aber auch, um die *historischen Augen* zu Ehren zu bringen“ (Marx 1976a [1842]: 79, H.i.O.).

Fast allen grundlegenden Thesen, aber auch den Lösungen der Problemfelder, in die Savigny über das Volksgeistmodell interveniert, wird (nicht nur) von juristischer Seite widersprochen. Doch zeigt sich in all diesen Debatten die Verfestigung einer bestimmten Problematisierungsweise, die im Volksgeistmodell eingelagert ist: Die Problematisierung des Ver-

145 Anfang des 20. Jahrhunderts wird angesichts dieser Entwicklung in den Geisteswissenschaften (wieder) verstärkt nach dem Zusammenhang der Historischen Rechtsschule mit der Historischen Schule des 19. Jahrhunderts gefragt, steht doch in Auseinandersetzung mit Dilthey (und Diltheys Bezügen zur Historischen Rechtsschule) die Frage der Herkunft und der Fundierung der historischen Ausrichtung der Geisteswissenschaft bzw. auch der Soziologie zur Debatte, vgl. Troeltsch 1922b, 1922a; Rothacker 1923. Über den Umweg der Rezeption der Historischen Rechtsschule in der Nationalökonomie – gerade auch durch die Kritik Carl Mengers an einer letztlich gänzlich verfehlten Bezugnahme auf die Historische Rechtsschule (vgl. Menger 1883: 83ff., 200ff.) – erfuhr Savignys Konzeption auch eine Kritik durch Max Weber (s. § 8.II.2).

146 Für einen Überblick über Heines scharfe Attacken gegen Savigny s. Stiegler 1988.

147 Feuerbach und Savigny werden – einem Diktum Gustavs Radbruchs zufolge – zumeist als „Antipoden“ bezeichnet: hier der Vertreter der kantisch fortgebildeten Aufklärung, dort der Romantiker; hier vernunftgeleitete Kodifikation, dort Rückzug auf das geschichtliche Werden (Radbruch 1969: 51; vgl. auch Jakobs 1991: 351, m.w.N.) Eine inhaltliche Divergenz betrifft jedenfalls nicht die persönliche Ebene: Die Briefe von Feuerbach an Savigny vor dem Kodifikationsstreit zeugen nicht nur von seiner Hochachtung (vgl. Feuerbach et al. 1990), sondern weisen v.a. auch Parallelen zur Rechtsentstehungslehre Savignys auf (vgl. Jakobs 1991: 362f.). Manche sehen Feuerbach gar als Vorläufer der Volksgeistthese (etwa Wolf 1963: 575).

hältnisses des Rechts zur vorausgesetzten gesellschaftlichen Wirklichkeit im „lebenden Recht“ (hierzu 1.). Dieses Problem wird über das Repräsentations-Modell gelöst – auch im Feld der Gegnerschaft, die ihre Kritik anhand der Fragen der Repräsentation, der Missrepräsentation und der Nichtrepräsentierbarkeit der Gesellschaft im Recht formiert (hierzu 2.). Der Gesellschaftsbezug des Rechts stellt sich im Diskurs der Privatrechtswissenschaften bis Mitte des 19. Jahrhunderts damit primär als Repräsentationsproblem dar (3.).

1. *Recht als „lebendes Recht“*

1.1 *Der lebendige Charakter des historisch gewachsenen Rechts*

Insbesondere das Vorgehen der sich selbst als „geschichtlich“ bezeichnenden Rechtswissenschaftsschule fordert Widerspruch heraus. Es wird kritisiert, dass die Protagonisten der Historischen Rechtsschule ihren eigenen Anforderungen an eine wahrhaft geschichtliche Betrachtung des Rechts nicht erfüllen:

Wahre Rechtsgeschichte steht in der Perspektive der Historischen Rechtsschule im Dienst der Gegenwart (vgl. Wilhelm 1958: 28ff.). Indem sie das Gegebene „aufwärts durch alle seine Verwandlungen hindurch bis zu seiner Entstehung aus des Volkes Natur, Schicksal und Bedürfnis“ (Savigny 1850a [1815]: 141) verfolgt, zeigt sie, wie das bestehende Recht zu seiner aktuellen Gestalt gekommen ist. Im Gegensatz zur antiquarischen Forschung, die – wie der herausragende Romanist Georg Friedrich Puchta (1798–1846) schreibt¹⁴⁸ – einen vergangenen Rechtszustand als ruhend betrachtet, „ohne uns zu sagen, wie er entstanden und was aus ihm geworden ist“ (Puchta 1841: 103), zielt die ‚innere Rechtsgeschichte‘ auf das Werden des Rechts, d.h. die Entwicklungs- bzw. „Bildungsgeschichte“ (Eichhorn 1815: 135) der einzelnen Rechtsinstitute und Lehren.

Savigny stellt in seinem seit dem Jahre 1815 veröffentlichten Bänden der *Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter*, bereits selbst fest, dass er entgegen seines ursprünglichen Vorhabens der Untersuchung der Ent-

148 Puchta ist neben Savigny einer der wichtigsten Theoretiker des romanistischen Zweiges der Historischen Rechtsschule in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts (zu Puchta vgl. insbesondere Haferkamp 2004; Henkel 2004; Mecke 2008). Seine Arbeiten gehören zu dieser Zeit zu den meistgelesenen Werken (Haferkamp 2004: 48) und haben eine unmittelbare Einwirkung auf die richterliche Praxis (vgl. Scheuermann 1972: 55, 73).

wicklungsgeschichte des gegenwärtigen Rechts „die neuere Zeit [...] davon auszuschließen“ (Savigny 1815a: VI) hätte. Er bietet gerade in seinem bedeutendsten rechtshistorischen Werk explizit keine ‚innere Rechtsgeschichte‘ – wie auch die Mehrzahl der Juristen der Historischen Rechtsschule bis zu den 1850er Jahren (vgl. Wilhelm 1958). Dies beklagt Friedrich Julius Stahl im Jahre 1830 in seiner philosophisch-christlichen Fundierung der Historischen Rechtsschule, wenn er feststellt, dass bis dato durch die historische Richtung nur eine „treue Auffassung des Vergangenen oder äußerlich noch Bestehenden“ gegeben worden sei, „ohne daß das Band mit den gegenwärtigen Verhältnissen und ihrem Bedürfnisse erkannt wäre“ (Stahl 1830: IX).¹⁴⁹

Auch die zeitgenössischen Kritiker der Historischen Rechtsschule werfen ihr vor, dass die historischen Studien die Forderung des Gegenwartsbezugs nicht erfüllten. Der ehemalige Savigny-Schüler und nun überzeugte Hegelianer Eduard Gans, mit dem Savigny und Puchta im erbitterten Streit liegen (vgl. Haferkamp 2007a: 27ff.; Rückert 2002; Braun 1998), kritisiert im Jahr 1827 Savignys *Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter* als „äußerlich“: Es handele sich nur um eine Geschichte der Rechtsquellen und der Literatur, die sich zudem in Details verliere (Gans 1827a). Thibaut stellt 1838 fest, dass zwar die rechtshistorische Forschung einen enormen Auftrieb bekommen habe, aber gerade die „Dogmengeschichte“, die als „Geschichte der Ausbildung des Justinianischen Rechtes seit der Glosse“ eigentlich im Zentrum der Pandektistik stehen müsse, liege fast ganz „danieder“ (Thibaut 1838: 413) – ein Befund, zu dem wenige Jahre später auch der der Historischen Rechtsschule zuzurechnende Germanist Georg Beseler kommen wird (Beseler 1843: 316).

149 Auch Puchta kritisiert ab Mitte der 1820er Jahre in einer Reihe von Rezensionen zunehmend die antiquarische und unpraktische Ausrichtung der historischen Rechtsforschung seiner Zeitgenossen (vgl. Haferkamp 2004: 132ff.). Darüber hinaus kritisieren Stahl und Puchta, aber ebenso Savignys Lieblingsschüler Moritz August von Bethmann-Hollweg Savignys Weigerung, der Frage der Entstehung des Volksgeistes auf den Grund zu gehen. Dies führe letztlich zum Verlust jeglichen sittlichen Gehalts des Rechts, mangle es doch dadurch dem Recht eines philosophischen Fundaments. Sie wechseln insofern von der Frage der Rechtsentstehung zum Grund des Rechts, den diese drei Vertreter einer „historisch-christlichen Schule“ in Gott suchen (vgl. hierzu Haferkamp 2009b). Auch wenn Savigny dieser christlichen Fundierung in der Diskussion um das Wesen des Rechtsverhältnisses folgen wird (vgl. Savigny in Kiefner 1982: 159f.), wird er für seine Rechtsdogmatik m.E. trotzdem die Frage der Rechtsentstehung nicht als Fundierungs- oder Gründungsfrage stellen, da es ihm wesentlich um den „lebendigen“ Charakter geht.

Nicht nur die tatsächlich vorgenommene historische Forschung wird anhand ihrer eigenen Ansprüche kritisiert, sondern auch grundsätzlich bestritten, dass über die Hinwendung zu den antiquarischen Wurzeln des römischen Rechts überhaupt ein Gegenwartsbezug hergestellt werden könne. So vertreten für Thibaut die „gelehrte[n] historischen Mückenfänger“ der Historischen Rechtsschule eine Geisteshaltung, die durch eine „steife, antiquarische, von der Gegenwart abführende Richtung“ charakterisiert sei (Thibaut 1838: 415, 411; vgl. auch – aus junghegelianischer Richtung – Ruge 1841: 509).¹⁵⁰

Das Problem wird von zahlreichen Kritikern – zwar aus unterschiedlichen Gründen, aber in einvernehmlicher Problemverortung – im Charakter des Untersuchungsgegenstandes der historischen Forschungen gesehen, der den geforderten Gegenwartsbezug geradezu verhinderte. Denn es handle sich um tote Materie: Bereits im Jahr 1816 schreibt Feuerbach im Rahmen seiner Kritik der Historischen Rechtsschule: „Was der Geschichte angehört ist schon dem Leben abgestorben.“ (Feuerbach 1833 [1816]: 143) Auch Georg Friedrich Hegel spricht dieses Problem in seinen Polemiken gegen die Historische Rechtsschule im Jahre 1820 an, wenn er anmerkt, dass man in dieser Rechtsschule „gerade da am meisten vom *Leben* und vom *Übergehen ins Leben*“ spreche, „wo man in dem totesten Stoffe und in den todesten Gedanken versiert“ (Hegel 1996 [1820]: 362; H.i.O.; vgl. auch Gans 1824: XIII). Nach Johann Friedrich Martin Kierulff, einem Vertreter der von Hegel beeinflussten philosophisch-praktischen Jurisprudenz, liegt der Grund für den mangelnden Gegenwartsbezug der Historischen Rechtsschule in der Fokussierung auf das römische Recht als „seinem größten Theil nach todes Material, welches außer lebendigem Zusammenhang steht mit dem Recht der Gegenwart“ (Kierulff 1839: XIX).¹⁵¹ Wer sich nun einer solchen toten Materie wie dem römischen Recht in seinen Quellen zuwendet, vermag die Gegenwart nicht zu erkennen. Verkannt wird demzufolge das wirkliche Recht, das sowohl von Befürwortern wie Kritikern genannte „heutige“ Recht (Savigny 1840a; Puchta 1847) bzw.

150 Für den im Bereich des römischen Rechts historisch(-philosophisch) forschenden Zivilisten Karl Georg Bruns stellt sogar schon die Ansicht, dass die Methode der Römer zu reaktivieren sei, selbst eine gänzlich unhistorische These dar (Bruns 1843: 130).

151 Mit diesem Vorwurf steckt er sie pikanterweise in denselben Topf wie die Naturrechtslehre: „Diese historische Richtung verläßt nicht minder, als jene naturrechtliche Theorie, den practischen Boden der Gegenwart.“ (Kierulff 1839: XIX).

„Recht der Gegenwart“ (Gans 1824: XII; Kierulff 1839: XIX; Beseler 1843: 130, 135; Wunderlich 1848).¹⁵²

Bei diesem heutigen Recht der Gegenwart handelt es sich – auch hierin stimmen Befürworter wie Kritiker überein – um ein „lebendes“ bzw. „lebendiges“ Recht. In nur rein beiläufigen Erwähnungen zeigt sich schon, wie sehr sich bei Autoren der Historischen Rechtsschule die Vorstellung über den Gegenstand ‚Recht‘ als etwas Lebendiges verselbstständigt hat und zur fundamentalen Zielbestimmung wurde: Die Anwendbarkeit eines Satzes als Recht wird verneint, da es sich nicht um „lebendes Recht“ handle (vgl. etwa Koch 1840: 520); für eine Rezension einer historischen Untersuchung wird nur das herangezogen, was „für die Einsicht in unser lebendes Recht bedeutsam erscheint“ (Bluntschli 1853: 388); und letztlich wird der Untersuchungsgegenstand selbst nicht als ein durch Abstraktion zu gewinnendes, „sondern als ein substantielles, selbstständiges, in eigener Kraft lebendes Recht“ behandelt (Homeyer 1828: 234).

Auch die Gegner der Historischen Rechtsschule gehen vom „lebenden Recht“ aus: So fundiert sich Feuerbachs Angriff gerade in dem Zweifel, ob „das Recht, welches die geschichtliche Rechtswissenschaft lehrt, wirklich das volksthümliche, lebende“ ist (Feuerbach 1833 [1816]: 143f.); Kierulff wirft der antiquarischen Forschung vor, dass sie „vergißt, daß eben dieses Recht nur durch die Praxis in Deutschland Eingang gefunden, und nur so, wie es die Praxis gestaltet, und nur das, was durch sie lebendes Recht geworden ist“ (Kierulff 1839: XX); und der liberale und kodifikationsoffene Germanist August Ludwig Reyscher beschwört in seinem Plädoyer für die Kodifikation und seiner Kritik der Einseitigkeiten der Historischen Rechtsschule das „Leben“ bzw. „Volksleben“ (Reyscher 1828: 7, 17, 25), den „lebendigen Stoffe“ (Reyscher 1842: 144) und das „lebende Recht“ an zahlreichen Stellen (vgl. etwa Reyscher 1842: 126; 1839: 12; s.a. Rückert 1974: 247ff.).

Gerade auch durch das Feld der Gegnerschaft formiert sich ein Aussagenfeld, das sich um den Gegenstand des „lebenden Rechts“ dreht. Darin erfolgt eine Rückbindung des Rechts an die soziale Wirklichkeit. Das ist

152 Der Fehler wird jedoch nicht nur in der historischen Methode, dem geforderten Rückgang zu den Wurzeln, sondern ebenso in der Theorie gesehen: Entgegen ihrer Prämissen und ihres eigenen Anspruchs trenne die Historische Rechtsschule die Theorie von der Praxis, dem gelebten Recht (vgl. etwa Köstlin 1846). Das Wissen, das sie lehrt, sei als bloß formale Theorie „dem Leben zu sehr entfremdet“ (Mühlenbruch 1829, zitiert nach Stühler 1978: 163). Überall herrsche „todte Gelehrsamkeit und dem Leben entfremdete Theorie“ (Beseler 1843: 351; ähnlich auch Feuerbach 1833; Stein 1841b; Reyscher 1839).

gleichzusetzen mit der Anerkennung der Rechtsentstehungslehre der Historischen Rechtsschule. Und so ist es bezeichnend, dass manche Kritiker gerade diesen Punkt bestätigen: Für Feuerbach ist es „ganz unbestreitbar“, dass das Recht „überall [...] aus dem Geiste des Volks gebohren“ ist (Feuerbach 1833 [1816]: 139). Reyscher erkennt die „Volks-Gewohnheit“ als „Quelle des Rechts“ an, insbesondere als „Zeugniß für ein im Volke lebendes Recht“ (Reyscher 1839: 12). Für den von Kant beeinflussten Naturrechtler und entschiedenen Kritiker der Historischen Rechtsschule Carl Christian Collmann ist es ganz „natürlich“, dass „stillwirkende Kräfte des Volks als erste Lebelemente des Rechts anzunehmen“ seien, „die fern von allem Zufälligen und Willkührlichen ihren nothwendigen Grund in dem Sinne und Charakter des Volks, in seinem individuellen Leben und in dem Bildungsstande seiner noch dunklen Jugendzeit haben“ (Collmann 1836: 141). Obwohl sich für die hegelianischen Rechtswissenschaftler der Staat dem Volksgeist nicht unterordnen lässt, so gilt doch auch für das vom Staat gesetzte Recht, dass es „Ausfluß der Volksüberzeugung“ ist und daher das positive Recht „als Ausdruck des Volkswillens“, d.h. des „Volksgeistes“ erscheint (Köstlin 2011 [1855]: 172) bzw. dass dort, „wo das Gewohnheitsrecht in anerkannter practischer Wirksamkeit bestehe, dies eben Wille der Gesetzgebung sey“ (Kierulff 1839: 13).

Auch wenn Rechtsphilosophie und Naturrecht verglichen mit der Historischen Rechtsschule ein grundsätzlich anderes Verhältnis zum positiven Recht haben (s.u. § 2.III.1),¹⁵³ so gibt es aufgrund der Historisierung des jüngeren deutschen Naturrechts seit Ende des 18. Jahrhunderts diese unproblematischen Überschneidungen mit Blick auf die Rechtsentstehungslehre (vgl. Klippel 1997b: 110ff.). Geschichte und Erfahrung liegen nicht außerhalb des Naturrechtsdenkens, wobei ihre Funktionen begrenzt sind: Sie entfalten sich in der Sphäre des positiven Rechts, das den empirisch zu ermittelnden Stoff liefert, „worauf wir die Rechtsgedanken der Vernunft anwenden können“ (Thomas 1803: 10). Insofern können sich auch verschiedene Entwicklungsstufen des positiven Rechts nachweisen

153 Das Verhältnis der einflussreichen Rechtsphilosophie Hegels zum Naturrecht erscheint umstritten (vgl. Klippel 1993: 28, m.w.N.). Da Hegel mit seiner Selbstverortung innerhalb des Naturrechts jedoch diesem Aussagenfeld zuzuordnen ist (so auch Tönnies 2006 [1912]) und zudem Rechtsphilosophie und Naturrechtslehre – nicht zuletzt aufgrund von Hugos Versuch der Umdeutung des Naturrechts in die „Philosophie des positiven Rechts“ (Hugo 1799) – im 19. Jahrhundert nebeneinander treten bzw. zunehmend ineinander aufgehen und synonym verstanden werden (vgl. Klippel 2012a; 1997b), verwende auch ich die beiden Ausdrücke synonym.

lassen, die entweder auf die historischen Schwierigkeiten der Erkenntnis hinweisen oder Ausdruck der Vernunft auf den verschiedenen Stufen ihrer Entwicklung sind (vgl. Gans 1824: XIII). Letztlich wird der geschichtliche Charakter des positiven Rechts – und damit auch die Herkunft aus dem Volk – als selbstverständlich akzeptiert.¹⁵⁴ Es wird verwiesen auf eine soziale Sphäre jenseits von Staat und abstrakter, ortloser Vernunft, die das positive Recht in der Zeit hervorbringt. Und genau deshalb handelt es sich um „lebendes Recht“.

Damit erkennen auch ihre Gegner die Prämisse der Historischen Rechtsschule an, dass im Rahmen der Frage nach dem *positiven Recht* Rechtsregel und Rechtsausübung untrennbar zusammengehören. Faktizität und Geltung sind aneinander gebunden: Nicht das, was faktisch als Recht (v.a. in Form von Gesetzen) bezeichnet wird, kann Auskunft über das bestehende Recht geben, sondern nur das, was als Recht Geltung beansprucht und daher „gelebt“ wird, was in der Praxis als geltendes Recht angenommen und daher verwirklicht wird, wird als Recht verstanden.¹⁵⁵ Ohne diese Geltung – so die Kritik – handle es sich im Bereich des positiven Rechts um „totes Recht“, reines historisch-antiquarisches Faktum, ohne Bezug zum Leben. Dieses Leben entspringe – so ein gängiger Topos – der Natur des Volkes: Es handle sich um ein „natürliches und volksthümliches Recht“ (etwa *Oberdeutsche Zeitung* 1881, Nr. 32, zitiert nach Reyscher 1842: 143). Die Historisierung tritt wie bei Savigny als Folge der Naturalisierung in Erscheinung – auch wenn der Historischen Rechtsschule die Verkenntung dieses lebenden, natürlichen Rechts vorgehalten wird.

So unterschiedlich die Verwendungskontexte, so verschieden der Einsatz des Topos, so schillernd letztlich der Gegenstand des „lebenden Rechts“, so allgemein verbreitet erscheint er und beansprucht Plausibilität und Evidenz für sich – selbst bei den entschiedensten Kritikern der Historischen Rechtsschule. (Positives) Recht wird problematisiert über seinen Bezug zum Leben, wie er in der Rechtsentstehungslehre seinen Ausdruck findet. Der Diskurs formiert sich – gerade auch im Feld der Gegnerschaft – um dieses „lebende“ und „lebendige Recht“ (vgl. a. Haferkamp 2011d). Davon ausgehend wird der Historischen Rechtsforschung vorgeworfen, dass sie den Bezug des Rechts zur gesellschaftlichen Wirklichkeit verfehlt,

154 Es erscheint so selbstverständlich, dass es kein Leitthema innerhalb der Naturrechtsliteratur darstellt: Dort ging es um die Abgrenzung von Recht und Moral, Naturrecht und Politik sowie die Bestimmung des obersten Prinzips des Naturrechts (Klippel 1997b: 111f.).

155 Umstritten ist aber der Geltungsanspruch dieses Rechts (s. das anschließende Kapitel 1.2).

sei es aufgrund ihrer theoretischen Prämissen oder sei es aufgrund ihrer Methode. Damit wird die grundsätzliche Möglichkeit einer solchen Anbindung nicht in Frage gestellt. Es handelt sich also um keine grundsätzliche Kritik am epistemischen Schema des Volksgeistes, sondern nur an der Erfüllung der eigenen Vorgaben.

1.2 Das Scheitern des normativen Rechtsbegriffs: Der Rückzug der naturrechtlich-rechtsphilosophischen Kritik

Viel schwerer wiegt der Vorwurf, dass die Historische Rechtsschule überhaupt keine Theorie des Rechts habe. Problematisiert wird damit nicht der falsche Lebens- bzw. Wirklichkeitsbezug des positiven Rechts als „lebendes Recht“. Zur Debatte steht nun vielmehr das Problem der Rechtfertigung des Rechts, d.h. sein *Geltungsanspruch*. Die Kritik zielt v.a. auf den spezifischen Geltungsanspruch des positiven Rechts, wie ihn die Historische Rechtsschule mit ihrer Rechtsquellenlehre proklamiert. Denn Savignys Ansatz läuft letztlich auf die Behauptung hinaus – so Thibaut 1838 –, dass das historische Entstandene genau aufgrund dieses Entstehungszusammenhangs „wahr“ sei und „also dem Tadel nicht ausgesetzt“ werden könne: „Damit wäre am Ende jede Sünde gerechtfertigt.“ (Thibaut 1838: 408) Karl Marx verschärft diese Kritik am geschichtlichen Rechtfertigungszusammenhang noch, wenn er schreibt, dass es sich um eine Schule handle, „welche die Niederträchtigkeit von heute durch die Niederträchtigkeit von gestern legitimiert, eine Schule, die jeden Schrei des Leibeigenen gegen die Knute für rebellisch erklärt, sobald die Knute eine bejahrte, eine angestammte, eine historische Knute ist“ (Marx 1976c [1844]: 380). Die Geschichte ist ihr nur als Vergangenheit bekannt. Und insofern gilt: „Die historische Schule hat das Quellenstudium zu ihrem Schibboleth gemacht, sie hat ihre Quellenliebhabe bis zu dem Extrem gesteigert, daß sie dem Schiffer anmutet, nicht auf dem Strome, sondern auf seiner Quelle zu fahren [...]“ (Marx 1976a [1842]: 78) Kritisiert wird im scharfen Ton die Gleichsetzung von Entstehungsgrund und Geltungsanspruch.

Diese Angriffe beinhalten den Kern der naturrechtlichen und rechtsphilosophischen Kritik. Vorgeworfen wird ein Mangel der Theorie des Rechts, wie schon Hegel formulierte: Zwar hätten die geschichtlichen Bemühungen, „[d]as in der Zeit erscheinende Hervortreten und Entwickeln von Rechtsbestimmungen zu betrachten [...] in ihrer eigenen Sphäre ihr Verdienst und Würdigung“ (Hegel 1996 [1820]: 35, H.i.O.), dies habe aber mit der philosophischen Betrachtung des Rechts nichts zu tun. Hegel wirft der Historischen Rechtsschule vor, dass sie die wahrhafte Rechtfertigung aus

dem Begriff gegen eine „Rechtfertigung aus den Umständen“ (ebd.: 36) eingetauscht habe. Dabei verwechselte sie „das äußerliche Entstehen mit dem Entstehen aus dem Begriffe“, so dass sie letztlich – gänzlich unhistorisch – das Recht von heute durch das Recht von gestern begründe, selbst wenn eine Institution durch den Wandel der gesellschaftlichen Umstände „ihren Sinn und ihr Recht verloren hat“ (ebd.: 37).¹⁵⁶ Die fehlende Rechtsphilosophie zeigt sich im Mangel eines Rechtsbegriffs bzw. einer Theorie des Rechts, die bei der Historischen Rechtsschule, wenn überhaupt, nur in unzulässiger Vermischung mit der Geschichte des Rechts zu erkennen sei (vgl. Kierulff 1839: XXIV).

Savignys Emanzipationsversuchen der Rechtswissenschaft von der Philosophie wird damit vehement widersprochen. Neben der historischen Betrachtung des positiven Rechts bedarf es der philosophischen Bestimmung des sein-sollenden Rechts, um über die vernunftmäßige Ermittlung etwa des „Urrechts“ (Collmann 1836: 12ff.) oder des „idealen Rechtes“ (Stöckhardt 1825: X) überhaupt ein wissenschaftliches Urteil über die Rechtmäßigkeit bestimmter Bestimmungen zu ermöglichen (vgl. a. Ahrens 1846: 9, 15ff.). Aus dem Sein – so das bekannte Diktum – kann kein Sollen folgen, die normative Seite des Rechts kann nicht über empirische Fakten im positiven Recht ermittelt werden. Dementsprechend bedarf auch die Historische Rechtsschule der „Fackel der Philosophie“, um dem Vorwurf zu entgehen, sie „stütze das Recht auf einen geschichtlichen Fatalismus“ (Warnkönig 1839: V). In diesem Punkt, an dem die Normativität des Rechts vehement eingeklagt wird, scheint die Kluft zwischen Historischer Rechtsschule und Naturrecht bzw. Rechtsphilosophie unüberbrückbar.

Von der Kritik zur Arbeitsteilung: de lege lata und de lege ferenda

Der Konflikt wird jedoch zum einen durch eine Art Arbeitsteilung zwischen Historischer Rechtsschule und Naturrecht entschärft. Denn angesichts der Dominanz der Historischen Rechtsschule in den Privatrechtswissenschaften ist eine Rücknahme des Geltungsanspruchs des Naturrechts

156 Vgl. zu der naturrechtlichen Kritik an der mangelnden philosophischen Grundlage durch C. Ch. Collmann, Karl David August Röder, Carl August Eschenmayer, Heinrich Ahrens, Heinrich Moritz Chalybäus die Nachweise bei Klippel 1997b: 118ff.

erkennbar (vgl. Klippel 1997b: 112ff.).¹⁵⁷ In Abkehr zur absolutistischen Auffassung des älteren deutschen Naturrechts hält das jüngere Naturrecht als „Wissenschaft der Rechte des Menschen“ gegen Ende des 18. Jahrhunderts dem Staat einen umfangreichen Katalog von Rechten des Individuums entgegen. Einher damit geht die Annahme der Vorrangigkeit des Naturrechts gegenüber dem positiven Recht.¹⁵⁸ Dieser Geltungsanspruch wird nun eingeschränkt: Das Naturrecht, dass zunehmend mit der Rechtsphilosophie gleichgesetzt wird, beansprucht nicht mehr, geltendes Recht zu sein: Beobachtbar ist – so Warnkönig – ein Rückzug auf das zukünftige Sollen (Warnkönig 1861: 246ff.). Das Naturrecht bzw. die Rechtsphilosophie beansprucht immer weniger eine unmittelbare Geltung für das positive Recht, sondern stellt die Mittel zur Verfügung, dasjenige wissenschaftlich zu bestimmen, was zukünftig gelten soll.

Einher damit geht eine Schwerpunktverlagerung hin zu einem Bereich, der der Historischen Rechtsschule aufgrund ihrer theoretischen Annahmen nicht zugänglich ist: Das Naturrecht versteht sich in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts zunehmend als Gesetzgebungstheorie bzw. als „Gesetzgebungswissenschaft“ (vgl. Mertens 2004: 3f.; Klippel 1993: 46f.; jeweils m.w.N.). Gerade dadurch öffnet sich das Naturrecht für gesellschaftliche und wirtschaftliche Veränderungen,¹⁵⁹ auf die die Gesetzgebung – die im Übrigen trotz der Dominanz der Historischen Rechtsschule in der Rechtswissenschaft eine rege Tätigkeit entfaltet – zu reagieren hat.¹⁶⁰ Es erfolgt letztlich eine arbeitsteilige Trennung von Sein und Sollen: positives

157 Das Naturrecht als Teildisziplin der Rechtswissenschaft wird mit der Verbreitung der Historischen Rechtsschule keineswegs verdrängt, was sich schon allein in zahlreichen Veröffentlichungen zu naturrechtlichen Problemstellungen in der ersten Hälfte im 19. Jahrhundert (vgl. Klippel 2012b) sowie in einer regen Vorlesungstätigkeit an den deutschen Universitäten zeigt (vgl. Schröder, Pielemeier 1995).

158 Allerdings zielt das Naturrecht nicht auf unmittelbare Geltung im Sinne eines Ersatzes des positiven Rechts. Allenfalls wird es – so stellt Diethelm Klippel fest – als subsidiär heranzuziehendes Recht angesehen. Nur selten wird formuliert, dass das Naturrecht widersprechenden Rechtssätzen des positiven Rechts derogieren könne, die Mehrzahl fordert vielmehr, dass der Gesetzgeber solches Recht abzuschaffen habe (Klippel 1997b: 113).

159 Gerade seitens vieler Naturrechtler wird im Vormärz auch weiterhin eine gesamtdeutsche Kodifikation gefordert. Neben der politischen Symbolkraft solcher Nationalgesetzbücher für den gesamten Deutschen Bund beziehen sie zunehmend wirtschaftspolitische Erwägungen in ihre Begründung mit ein (vgl. Schöler 2004: 132ff. m. zahlr. N.).

160 Klippel spricht insofern von einer Komplementärfunktion des Naturrechts für die Historische Rechtsschule (Klippel 1993: 46). Damit öffnet sich das Natur-

Recht (*de lege lata*) als Frage des Seins, philosophisches Recht als Frage des vernünftigen, zukünftigen Sein-Sollens (*de lege ferenda*).

Damit erfährt die Selbstverortung der Historischen Rechtsschule auf der Seite des Seins gewissermaßen eine Bestätigung. Die historische (und damit empirische) Rechtswissenschaft wird in ihrem Charakter als Seinswissenschaft nicht angegriffen. Gleichzeitig lässt das Naturrecht mit dieser Schwerpunktsetzung die Vormachtstellung der Historischen Rechtsschule für Dogmatik und Methodik des positiven Rechts als Kernbereich der Rechtswissenschaft unangetastet – der Bereich, in dem sich ihre eigentliche Dominanz entfaltet und über den sie die Autonomie des Rechts gegenüber Politik, Ethik und Philosophie proklamiert. Damit besteht trotz naturrechtlicher Kritik die Tendenz, die systematische Methode der Historischen Rechtsschule, die (zumindest) auf der Begründungsebene aus den Bestimmungen der Rechtsentstehungslehre hervorgeht, nicht in die Sollensproblematik zu überführen. Anders formuliert: Die Normativität wird nicht zum vorherrschenden strategischen Problem der Rechtswissenschaft im Bereich der Dogmatik und Methodik, sondern nur hinsichtlich der Frage, welcher Teil der Rechtswissenschaft über zukünftige Sollensfragen zu entscheiden habe. Und darauf antwortet das Naturrecht: die Rechtsphilosophie.

Kongruenzen zwischen Historischer Rechtsschule und Rechtsphilosophie

Zum anderen wird die Kluft zwischen Historischer Rechtsschule und Rechtsphilosophie bzw. Naturrecht durch Kongruenzen überbrückt: Beide plädieren für ein Auseinandertreten von Staat und Gesellschaft. In Abkehr von der Gleichsetzung von Staat und bürgerlicher Gesellschaft unterscheidet Hegel 1821 in seinen *Grundlinien der Philosophie des Rechts* die ‚politische‘ Sphäre des Staates vom ‚bürgerlich‘ gewordenen Bereich der Gesellschaft (vgl. Riedel 1975a: 779ff.).¹⁶¹ Sie bezeichne eine „Sphäre der Besonderheit“, in der jeder seine eigenen Interessen verfolgt (Hegel 1996 [1820]: 339f.). Das bürgerliche Leben als Spezifikum der modernen Ar-

recht aber zugleich für Politik und Ethik, was die Aussonderung der Rechtsphilosophie aus dem Bereich der Rechtswissenschaften begünstigen wird.

- 161 „Bürgerlich“ ist also nicht mehr gleichbedeutend mit „politisch“, sondern erhält einen „sozialen Sinn“: Der Begriff bezeichnet die gesellschaftliche Stellung des im absoluten Staat zum *bourgeois* privatisierten Bürgers (vgl. Hegel 1996: 348 [§ 190, Zusatz]). Der Bürgerbegriff wird damit von seiner politisch-rechtlichen Bedeutung emanzipiert.

beitsgesellschaft ist nicht Ausfluss des Staates, sondern bildet ein „System der Bedürfnisse“, das nicht mehr unmittelbar politisch verfasst ist. In dieser Sphäre stehen sich die bürgerlichen Privatleute als Personen und Eigentümer gegenüber, die durch ihre ökonomisch vermittelte Besonderheit (Bedürfnis, Tausch, Arbeit) miteinander verbunden sind. Plausibilisiert wird damit nicht nur eine nicht an die Existenz des Staates gebundene Form des gesellschaftlichen Lebens – selbst wenn diese für Hegel in der Sphäre der Sittlichkeit aufgeht, die in der Souveränität des neuzeitlichen Anstaltsstaates seinen krönenden Abschluss findet.¹⁶² Plausibilisiert wird vielmehr der herausragende Ort des Privatrechts gegenüber dem Öffentlichen Recht für die Frage der Gesellschaftsbildung (vgl. Auer 2014: 38ff.).¹⁶³

Diese Aufwertung des Privatrechts für die Frage der Gesellschaft ist auch in der sich mit Kant auseinandersetzenen Tradition erkennbar (vgl. hierzu Klippel 1997a). Das ältere aufgeklärt-absolutistische Naturrechtsdenken geht davon aus, dass *status naturalis* und *status civiles* einander entgegengesetzt sind. Das Privatrecht wird dabei auf der Seite des *status civiles* verortet, d.h. es bezieht sich auf den Menschen im Staat. Damit hat es keine entscheidende Rolle für Systematik und Inhalt der Rechtsordnung. Kant hält an dieser Unterscheidung zwischen Naturzustand und *status civiles* fest, verschiebt jedoch den Ort des Privatrechts in den *status naturalis* (vgl. Kant 1975 [1897/98]: 350). Das Privatrecht wird zum „natürlichen Privatrecht“ und erhält eine fundierende Funktion für die gesamte Rechtslehre. Selbst diese Aufwertung des Privatrechts greift die Vormachtstellung des Staates nicht an, es besteht weiterhin die Gefahr, dass im Übergang zum bürgerlichen Zustand das natürliche Privatrecht in den Zugriff des Staates gerät. Daher wenden sich zahlreiche naturrechtliche Autoren von Kant ab, indem sie entweder den Naturzustand umdefinieren oder die Zweiteilung in Naturzustand und staatlichen Zustand verwerfen. Damit erhalten sie einen naturrechtlichen Begriff des Privatrechts, der Geltung für alle gesellschaftlichen Verhältnisse des Menschen beanspruchen kann, also auch für das Leben der Menschen im Staat. Parallel zur Reinigung des Privatrechts in der Historischen Rechtsschule, die es zum „reinen Recht“ schlechthin erklärt, wird das „natürliche Privatrecht“ damit zum dominierenden Begriff in der Frage nach dem Recht, aber ebenso in der Frage

162 Denn nur dieser Staat kann verhindern, dass die bürgerliche Gesellschaft an ihren eigenen Widersprüchen zugrunde geht (vgl. Riedel 1970: 54ff.).

163 Insofern ist es auch nicht verwunderlich, dass Marx in seiner Kritik der Hegel'schen Rechtsphilosophie vom Problem des Privatrechts ausgeht (vgl. Marx 1976b [1843]: 203ff.).

nach der vorstaatlichen Sphäre, d.h. der Gesellschaft (vgl. Klippel 1997a m.w.N.).

Diese Aufwertung des Privatrechts bewirkt zweierlei: Erstens stärkt auch die Rechtsphilosophie nicht nur die Existenz einer vom Staat unabhängigen Sozialsphäre, wie sie bei Savigny im Volksgeist ihren Ausdruck findet. Vielmehr ist auch für die Rechtsphilosophie das Privatrecht für die unabhängige Sozialsphäre der Gesellschaft zentral – juristische Gesellschaftslehre ist Privatrechtslehre. Zweitens zeigt sich darin eine Kongruenz in der Zentralität des subjektiven Rechts. Zwar gilt auch hier: Die Herleitungen sind nicht ineinander überführbar, das Unrecht hat nichts mit Savignys Annahme der faktischen Durchsetzung der christlichen Weltanschauung als Begründung der Aussonderung des subjektiven Rechts aus dem Rechtsverhältnis zu tun. Aber dadurch verkleinert sich die Angriffsfläche für die Rechtsphilosophie: Sie hat weder etwas gegen die Bestrebungen der Systematisierung noch gegen die zentrale Rolle des subjektiven Rechts für den Systemaufbau des Rechts einzuwenden. Hierin scheiden sich die Schulen nicht (vgl. Klippel 1997b: 223, m.w.N.).¹⁶⁴

Die Kluft, die sich in den polemischen Einlassungen zwischen historischer und ‚philosophischer‘ Rechtslehre in der Frage nach dem gelten-sollenden Recht auftut, wird also nicht nur über die Arbeitsteilung, sondern auch anhand solcher Kongruenzen abgeschwächt. Mehr noch: Im Streit zwischen der historischen und der philosophischen Schule wird die Existenz einer vom Staat unabhängigen Sozialsphäre (Gesellschaft und Volksgeist) systematisch hervorgebracht, plausibilisiert und verobjektiviert – und das unter Aufwertung des Privatrechts. An genau diesem Punkt handelt es sich aber nicht um ein normatives Problem, sondern um ein Problem der adäquaten Erfassung der Wirklichkeit. Das zeigt sich auch in der Frage, was man im positiven Recht zu erkennen vermag: organischen Volksgeist, universalen Weltgeist oder etwa bürgerliche Produktionsverhältnisse. Da das Erkenntnisproblem des Rechts jedoch primär die Ebene der Dogmatik und Methodik betrifft, hier aber über Systemgedanke und Orientierung am subjektiven Recht eine Kongruenz und daher wenig Angriffsfläche besteht, wird die Normativität des Rechts nicht zum vorherrschenden strategischen Problem der Rechtswissenschaft.

164 Was zu der oben bereits erwähnten vieldiskutierten Frage führt, inwiefern Savigny naturrechtliches Gedankengut aufgegriffen habe.

2. „Lebendes Recht“ und Repräsentation der gesellschaftlichen Wirklichkeit

Wenn mit dem „lebenden Recht“ die Problematisierung des Verhältnisses des Rechts zur vorausgesetzten gesellschaftlichen Wirklichkeit in den Diskurs eintritt, so steht damit die genaue Bestimmung dieses Verhältnisses noch aus. An den großen Debatten um die rechtstheoretischen Prämissen der Historischen Rechtsschule im Streit über Theorie, Gegenstand, Methode und Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaften bis in die 1860er Jahre zeigt sich dabei die Formation eines Aussagenfeldes, die das Recht über seine Repräsentationsleistung problematisiert.

2.1 Missrepräsentationen I: Eigenes versus fremdes Recht, gegenwärtiges Volksrecht versus Juristenrecht (Beseler)

Der Vorwurf, dass sich die romanistische Historische Rechtsschule nicht dem wahren volkstümlichen Recht zuwende, zeigt sich nicht nur in der Kritik an der historischen Methode, sondern ebenso in den Angriffen auf die konkrete Rechtsmaterie, die Savigny und seine Schüler ins Zentrum der Untersuchung rücken. Denn man bezweifelt, dass das *Ius Commune* der Römer überhaupt das gelebte Recht in Deutschland darstellt. So gilt mit Kierulff für viele: Das in Deutschland wirklich lebendige Recht ist gerade nicht das römische Recht, sondern ein aus römischer und deutscher Wurzel erwachsenes selbständiges Recht, das aus sich heraus begriffen werden müsse (Kierulff 1839: IX).

Diesen Vorwurf spitzen die germanistischen Vertreter der Historischen Rechtsschule über den Gegensatz von Eigenem und Fremdem noch zu. Die Rezeption des römischen Rechts als „fremdes Recht“ stellt sich für Georg Beseler in seiner vieldiskutierten Schrift *Volksrecht und Juristenrecht* aus dem Jahr 1843 als „Nationalunglück“ dar, das im Zuge der Herausbildung der Dominanz der Romanisten – hier auch mit unmittelbarer Spitze gegen Puchtas Ausführungen zum Juristenrecht in der zweibändigen Abhandlung *Das Gewohnheitsrecht*¹⁶⁵ – zur „Unterdrückung und Verkrüppelung

165 Mit seiner zweibändigen Abhandlung *Das Gewohnheitsrecht* (1828/1837) problematisiert Puchta Savignys Ausführungen auf wissenschaftlicher Ebene, indem er in der Diskussion um das Gewohnheitsrecht in der Rechtsquellenlehre insbesondere die Abgrenzung vom und Ausarbeitung des Juristenrechts hervorhebt (s. § 2.IV.1.1). Zum wissenschaftstheoretischen, justiziellen und politischen Kontext der Diskussion um das Gewohnheitsrecht zu dieser Zeit vgl. Haferkamp 2004: 141ff.

des eigenen Rechtslebens“ geführt habe (Beseler 1843: 42).¹⁶⁶ Er wiederholt damit den alten Vorwurf der Fremdheit des römischen Rechts, den Savigny gerade über das Faktum der Rezeption in Deutschland widersprochen hatte. Gegenüber dem deutschen Volksrecht zeigt sich im römischen Recht für Beseler das Volksfremde und damit potentiell Volksschädliche.

Dementsprechend gilt sein Angriff auch nicht der Rechtsentstehungslehre (vgl. ebd.: 58f.). Innerhalb dieser Lehre nimmt er jedoch zwei entscheidende Verschiebungen vor. Zum einen kritisiert er das historische Entwicklungsschema der Historischen Rechtsschule: Er bestreitet die These der nachlassenden rechtsschöpfenden Kraft des Volkes, die zur Aufwertung der Rolle des Juristen führt.¹⁶⁷ Damit greift Beseler die Rechtfertigung eines vom Juristenstand neu hervorgebrachten Rechts, des Juristenrechts, an und protestiert dagegen, den Juristenstand mit seiner wissenschaftlichen Arbeit das Volksrecht produzieren zu lassen. Ein solches Juristenrecht ist für ihn kein Volksrecht.¹⁶⁸ Es verliert folglich den Status der Rechtsquelle.

Zum anderen wendet sich Beseler gegen die Kontinuitätsannahme im Geschichtsmodell der Historischen Rechtsschule, die die Methode der wissenschaftlichen Erforschung des lebenden Rechts auf den Rückweg in die Vergangenheit zu den Wurzeln verpflichtet. Er macht den Eigenwert der Gegenwart gegenüber der Vergangenheit geltend: „Auch diese [die Gegen-

166 Seit den 1830er Jahren belebt sich der Streit um die Rezeptionsdeutung (vgl. die Nachweise bei Rückert 1974: 163f.). Beselers Schrift bündelt dabei insbesondere eine bereits seit Beginn der Historischen Rechtsschule schwelende Kritik seitens der Germanisten an der romanistischen Privilegierung des Römischen Rechts (vgl. Thieme 1963). Sie bewirkte einen zur Spaltung führenden Streit zwischen diesen beiden Zweigen (vgl. Wieacker 1996: 411ff.), der in den Germanistentagen von 1846 und 1847 in Frankfurt und Lübeck deutlich zum Ausdruck kommt. Beselers Terminus des „Nationalunglücks“ verbreitet sich wie ein Lauffeuer und bestimmt die Rezeptionsdeutung (vgl. Haferkamp 2007a: 42).

167 Damit greift Beseler Vorwürfe gegen die Absonderung des wissenschaftlichen Rechts und gegen das elitäre Schema der Historischen Schule auf, die in der lebhaften Diskussion um das Juristenrecht bereits von anderen, sehr unterschiedlichen Autoren geäußert worden waren (z.B. Reyscher, Thibaut, Eichhorn, Gans, Wächter, Siegen, Bornemann, von der Pforden; für dieses elitäre „Spezialistendogma“ insbesondere Puchta, Savigny, Maurenbrecher und Weiske; vgl. hierzu die Nachweise bei Reyscher 1828: 340; Schröder 1976). Rechtstechnisch gesprochen wird der Rechtsquellencharakter der Wissenschaft bestritten (Kierulff 1839: 6).

168 Davon unterscheidet er die Deduktion aus dem „Geist des positiven Rechts“ durch Juristen, die damit kein neues Recht hervorbrächte und daher dem Volksrecht zuzurechnen sei (Beseler 1843: 87).

wart, D.S.] hat wieder ihre selbständige Bedeutung, welche unmittelbar erfaßt und begriffen werden will; sie fügt den überlieferten Momenten neue Bildungen hinzu, und bekommt so für die Zukunft selbst den Charakter einer historischen Auctorität.“ (Ebd.: 128f.)

Dadurch vergegenwärtigt er das epistemische Ding ‚Volksgeist‘. Das, was im gegenwärtigen Volk lebt, könne man nicht durch Rückgriff auf die Vergangenheit ermitteln, sondern nur unter Berücksichtigung der aktuellen Volksüberzeugungen.¹⁶⁹ Mit der Feststellung, dass das Volksrecht im Bewusstsein des Volkes lebe, werde dieses zur ersten „Erkenntnisquelle“ des Volksrechts: „[B]ei diesem ist zunächst die Kunde desselben zu suchen“ (ebd.: 119).

Das Volksrecht werde dabei seiner Herkunft entsprechend am ehesten vom Volk selbst erkannt.¹⁷⁰ Dementsprechend seien die Methoden der Rechtswissenschaften zu entwickeln. Denn das Problem bestehe für den Juristen darin, dass er aufgrund des Zustandes der Gerichtsverfassung und dem ausschließlich wissenschaftlichen Verlauf des Studiums dem aktuellen Volks- und damit Rechtsleben „entfremdet“ sei (ebd.: 120). Daher müsse er im Prinzip „ganz nach Art eines Naturforschers zu Werke gehen“, nämlich durch „Beobachtung und Erforschung“ (ebd.: 109, 119).¹⁷¹ Der Jurist betrachte das Volksbewusstsein als eine Tatsache, die es zu untersuchen gelte.

Mit Blick auf das Problem der Erkenntnis der aktuellen Volksüberzeugungen schlägt Beseler insbesondere drei methodische Vorgehensweisen vor: erstens die Untersuchung bestehender literarischer Zeugnisse, in denen sich unter Umständen die Volksüberzeugungen niedergeschlagen hätten. Zweitens empfiehlt er die Vornahme von Experteninterviews, da sich aufgrund der klassen- und arbeitsmäßigen Teilung der Gesellschaft verschiedene Rechtskreise mit je besonderer Rechtskunde herausgebildet haben (vgl. ebd.: 118f.; 121). Und drittens plädiert er für eine Form der teilnehmenden Beobachtung am Volksleben, damit der Jurist „sich durch die genaue Beobachtung der Rechtsverhältnisse und Geschäfte eine selbständi-

169 Zu den Vorläufern dieser Problematisierung des Volksgeistes über sein zeitliches Schema vgl. Landsberg, Stintzing 1978: 495ff.; Wieacker 1996: 407ff.; Rückert 1974.

170 Diesem Grundsatz entspricht die politische Forderung nach Laienrichtern, die in der breiten Diskussion über Volksgerichte und Schöffen einzuordnen ist.

171 Der Weg in die empirische Forschung jenseits der Literaturgeschichte erscheint für die Germanistik auch insofern schon näherliegend, als der einheimische Rechtskorpus zum großen Teil keine literarisch-wissenschaftliche Verfestigung aufweist.

ge Ansicht verschaffen, sich selbst als einen Genossen des Volkes fühlen lernen, und die in den Thatsachen ruhende *ratio* ohne weitere Vermittlung verstehen könnte“ (ebd.: 123).¹⁷² Historische Forschung erweise sich nur in dem (allerdings häufigen) Fall als notwendig, in dem die Unmittelbarkeit und Klarheit der Volksüberzeugung nicht mehr gegeben sei (vgl. ebd.: 126).¹⁷³ Sie wird zum Hilfsmittel, das subsidiär zum Einsatz komme.¹⁷⁴

Das Volksbewusstsein, die gegenwärtigen Volksüberzeugungen respektive ‚das Volk‘ erscheinen als Gegenstände, denen man sich über solche methodischen Mittel der Beobachtung annähert. Ähnlich wie Savigny lehnt Beseler dabei ein quantitatives Verfahren ab, da die Gewohnheit als tatsächliche Übung, d.h. rein äußerliche Handlung, keinen Aufschluss über das Volksbewusstsein geben könne (vgl. ebd.: 112, 116). Auch er setzt auf das einführende Verstehen, wenn er postuliert, dass der „Jurist stets nach Kräften dahin streben müsse[], sich in die Denkweise des Volkes zu versetzen, und so viel möglich sich selbst als einen Träger des Volksrechts zu fühlen“ (ebd.: 123).

Was Beseler mit aller Macht einklagt, ist die Annahme, dass das Volksrecht im Volksleben *der Gegenwart* erkennbar wird. Der Bezug zwischen Recht und Volk wird vergegenwärtigt. Zu suchen ist dieses Recht in den

172 Insofern schließt Beseler an Puchtas Gewohnheitsrecht an, der ebenfalls die Gewohnheit als Mittel der Erkenntnis der Volksüberzeugung nicht nur über Übung, sondern ebenso durch Zeugenbefragung, Aufzeichnungen und Rechtspruchswörter zu ermitteln sucht (Puchta 1837: 120ff.). Allerdings trennt Puchta das Gewohnheitsrecht, das nur aufgrund der „äußeren Autorität“ gilt, scharf vom Juristenrecht in Form des „Rechts der Wissenschaft“, welches aus „inneren, systematischen Gründen“ deduziert wird und daher die innere Autorität „der wissenschaftlichen Wahrheit“ für sich beansprucht (ebd.: 14, 16; s. hierzu § 2.IV.1). Das hat nicht nur eine Aufwertung des Juristenrechts zur Rechtsquelle zur Folge, sondern ebenso eine Abwertung der gleichsam empirisch zu ermittelnden ‚äußeren‘ Autorität. Insofern wird bei Puchta mit seiner Hinwendung zum „Recht der Wissenschaft“ dieser empirische Teil zunehmend überflüssig. Indem Beseler nun dieses Juristenrecht vehement bestreitet, kommt den hier vorgestellten empirischen Methoden eine zentrale Stellung für die gesamte Rechtslehre zu.

173 Ein solches unmittelbares und unverfälschtes Volksrecht ist in Beselers Augen mittlerweile nur schwer anzutreffen. Aufgrund der historischen Entwicklung, die auch Beseler als zunehmende Professionalisierung und Ausdifferenzierung beschreibt, wurde das Recht zunehmend vielschichtiger, komplexer, zu einer durch fremde und wissenschaftliche Einflüsse und Machtfaktoren durchsetzte unübersichtliche Rechtsmaterie.

174 Beseler widerspricht damit nicht der systematischen Aufgabe der Prinzipienbildung aus dem im Stoff vorfindlichen Prinzipien (vgl. Beseler 1843: 124). Seine Kritik richtet sich aber gegen die Art und Weise der Stoffermittlung.

gegenwärtigen gesellschaftlichen Anschauungen, und daher auch mit veränderten methodischen Mitteln. Das, was bei Savigny (und Puchta, s.u.) im Dunkeln stattfindet und daher der Erkenntnis nicht zugänglich erscheint, fasst Beseler nun selbst als mögliches Objekt der wissenschaftlichen Untersuchung, dem die prinzipiellen Anstrengungen des Wissens gelten.¹⁷⁵

Auch wenn Beseler damit in seinem vieldiskutierten Buch die Idee angreift, dass der Juristenstand der eigentlichen Repräsentant des Rechtsbewusstseins sei, so wird jedoch gerade durch diese Kritik der Repräsentationsgedanke im Kern bestärkt. Denn römisches Recht und Juristenrecht erscheinen letztlich in dieser Kritik als Missrepräsentationen – und zwar als Missrepräsentationen des deutschen gegenwärtigen Volksbewusstseins. Denn auch für Beseler entspringt das Recht dem Volksbewusstsein und repräsentiert es. Und nur aufgrund dieser Annahme kann er seine Kritik entfalten.

Allerdings wird bei Beseler das Volksbewusstsein selbst nun zum Ausgangspunkt der rechtswissenschaftlichen Arbeit. Die Wahrheit des Rechts ist über die empirische Erforschung des gelebten Rechts zu ermitteln. Damit rückt das Volksbewusstsein selbst, diese vom Staat unabhängige kontingente Sozialsphäre, trotz spezifischer Erkenntnisschwierigkeiten ins Zentrum der wissenschaftlichen Erforschung – und wird daher selbst zu einem Objekt der Rechtswissenschaft, das methodische Folgen zeitigt.

2.2 *Missrepräsentationen II: Die „Bedürfnisse der Zeit“ und das Recht der Gegenwart*

Auch wenn diese methodischen Forderungen geringen Widerhall finden, reiht sich Beseler damit in eine Kritik ein, die von verschiedenen Seiten – auch aus den eigenen Reihen der Romanisten – der Historischen Schule zunehmend entgegengehalten wird: Recht stehe in einem Gegenwartsbezug, der nicht allein über die Vergangenheit vermittelt werde. Die Metho-

175 Doch auch Beseler verabschiedet nicht die These vom Erkenntnismangel in Gänze: „Die Art und Weise dieser Rechtsbildung lässt sich in ihrem stillen Wachstume nur mit der schöpferischen Thätigkeit der Natur vergleichen; es ruht darüber ein gewisses Geheimniß, welches sich der unmittelbaren Anschauung nie vollständig erschließt, wie lange auch die sinnende Betrachtung bei der äußeren Erscheinung weilt“ (Beseler 1843: 84). Auch für Beseler muss man sich über das positive Recht dem Geist des Rechts annähern, um es einführend verstehen zu können.

de der Historischen Rechtsschule wird dahingehend kritisiert, dass die Vergangenheit wichtiger als die Gegenwart sei und daher der Eigenwert der Gegenwart gerade nicht zur Geltung komme.

Die Historische Rechtsschule zielt ihrem Anspruch nach aber auf die Gegenwart: Die Rekonstruktion der Normen des römischen Rechts korrespondiert über Rechtsentstehungslehre, Entwicklungs- und Kontinuitätsgedanken mit dem gegenwärtigen Volksgeist. Diese Koppelung von Recht und Leben erfolgt über das Bedürfnis (vgl. Haferkamp 2005; 2011e). Denn nach Savigny entsteht Recht aus dem Bedürfnis: „[E]in oft wiederkehrendes gleiches Bedürfnis“ ermögliche das „gemeinsame[] Bewußtseyn des Volkes“ (Savigny 1814: 13). Das Recht des Volkes entstehe aus „Natur, Schicksal und Bedürfnis“ (Savigny 1850a [1815]: 141), es resultiere aus „den Richtungen und Bedürfnissen des Lebens, die eine rechtliche Gestalt und Befriedigung erhalten sollen“ (Puchta 1838: 32). Daher liege „in der Mannigfaltigkeit dieser Lebensverhältnisse die Veranlassung zu einer Mannigfaltigkeit von Rechten“ (ebd.). Recht reagiere auf das Leben in seinem Wandel.

Diese Vorstellung durchzieht den Diskurs über alle Schulen hinweg (Haferkamp 2005: 86 m.w.N.): Nicht nur die hegelianischen Rechtswissenschaftler, die an Hegels „System der Bedürfnisse“ anschließen, betonen die Rolle des Bedürfnisses in der Rechtserzeugung (vgl. etwa Gans 1827b). Auch Thibaut sieht die „Bedürfnisse der Unterthanen“ (Thibaut 1959: 41 [13]) als handlungsleitend für die Kodifikation an (vgl. auch später Thibaut 1838: 395), ja es wird intensiv nach den „Bedürfnissen der Zeit“ für die Gesetzgebung gefragt (Reyscher 1828).

Diese „Bedürfnisse der Zeit“ schwanken zwischen Bestimmtheit und Unbestimmtheit, Bestimmbarkeit und Unbestimmbarkeit. Für Savigny und Puchta sind sie Teil der „dunkeln Werkstätte“ (Puchta 1841: 30) des Volksgeistes, die einer direkten wissenschaftlichen Bestimmung nicht zugänglich ist. Sie sehen das Recht als Indiz an, in dem sich die Bedürfnisse zwar empirisch äußern, aber letztlich nur über die Teilnahme am Volksgeist intuitiv erfasst werden können (vgl. Haferkamp 2005: 88ff.).

Die hegelianische Rechtsschule wiederum sieht im historisch-spezifischen System der Bedürfnisse einen Ausdruck der Vernunft, weshalb es sie zu „begreifen“ gelte (Haferkamp 2011e) – und zwar nicht nur in geschichtlicher Hinsicht, sondern ebenso angesichts der Fragestellungen der Gegenwart (vgl. Stein 1841b: 366, 379). Darüber wird die Vernunft auf den ver-

schiedenen Stufen ihrer Entwicklung im Recht sichtbar, und so auch in der Gegenwart.¹⁷⁶

Für Thibaut wiederum sind die Bedürfnisse des Fürsorgeobjekts „deutsches Volk“ unproblematisch bestimmt (s.o.). Sie werden ohne eigenen epistemischen Wert ins Feld geführt, sozusagen als gegebener Stoff, an dem sich die eigentlich wissenschaftliche Arbeit der vernünftigen Gesetzgebung beweisen muss. Angesichts dieses Fürsorgeobjekts öffnet sich das Recht für die instrumentalistischen Überlegungen der Steuerung der Gesellschaft über die Gesetzgebung. Auch hier können die Bedürfnisse der Zeit dem Recht der Romanisten entgegengehalten werden, denn sie verlangen nach neuer Kodifikation.

Aber auch in der Pandektistik regt sich zunehmend der Wunsch, die Bedürfnisse des Volks nicht in der spirituellen Sphäre einer kulturellen, nicht direkt wissenschaftlich zugänglichen Wertsphäre zu belassen, sondern selbst als expliziten Gegenstand der Untersuchung zu etablieren (Haferkamp 2011e: 113f.). Johannes Kuntze beschreibt diese Bestrebungen im Jahr 1856 in seinem Buch *Der Wendepunkt der Rechtswissenschaft*: Als Symptome der Krise der Historischen Rechtsschule werden die vermehrten Tendenzen hin zur Stärkung des Praxisbezugs, zur Emanzipation der Rechtsdogmatik von der Rechtsgeschichte, die Anstrengungen der Verfeinerung der Rechtsdogmatik, insbesondere mit Blick auf die Naturwissenschaften, sowie die Betonung der nationalen Perspektive interpretiert (Kuntze 1856). Dabei sollen die Bedürfnisse nicht gefühlt, sondern begriffen werden, und zwar in den unterschiedlichen historischen Zeiten (Haferkamp 2011e: 115 m.w.N.).¹⁷⁷ Damit wird die Gegenwart ebenfalls von der Vergangenheit entkoppelt. Nun können – auch von Seiten einer an der Rechtsdogmatik orientierten Pandektistik – die Bedürfnisse der Zeit dem römischen Recht entgegengehalten werden (vgl. Windscheid 1853: 27, 42).

In all diesen Ansätzen formt sich über die Frage nach den Bedürfnissen der Gegenwart ein Aussagenfeld, das das Recht in ein direktes Verhältnis zur *gegenwärtigen* sozialen Wirklichkeit setzt. Dies wird zur dominierenden Problematisierungsweise. Im Zentrum steht das Problem der Bestimmung

176 Aufgrund der Eigenwertigkeit der Zeiten gibt es nicht nur einen Volksgeist, sondern viele Volksgeister: Denn „[i]n den einzelnen Volksgeistern offenbart sich diese Vernunft in stufenmäßiger Entwicklung“ (Gans 1824: XIII).

177 Haferkamp sieht hierdurch – ähnlich wie Alf Ross (vgl. Ross 1929: 169ff.) – den Boden für die zunehmende Positivierung der Rechtswissenschaften bereitet, die auf der Ebene der Rechtsdogmatik insbesondere in der naturhistorischen Methode Jherings seinen Ausdruck finden wird (vgl. Haferkamp 2011c; s.u. § 2.IV.2).

dieser Bedürfnisse – ein Problem, das über historischen Kontinuitätsgedanken und Intuition gelöst wird, über die Setzung des Fürsorgeobjekts der Vernunft entproblematisiert wird, über den Vernunftgehalt begriffen werden soll oder über Methoden der Ermittlung der aktuellen Volksüberzeugung angegangen wird. Der Volksgeist erfährt dadurch im juristischen Diskurs als Gegenstand eine Vergegenwärtigung bis hin zur Entgegensetzung von aktuellen Bedürfnissen und bestehendem Recht.

Diese Vergegenwärtigung des Volksgeistes bricht jedoch nicht mit dem Repräsentationsgedanken. Denn im Kern geht es um die Frage der richtigen oder falschen Repräsentation der Sozialsphäre im Recht. Im Grunde basiert die Diskussion nämlich auf der Annahme, dass das Recht den gegenwärtigen Verhältnissen – oder eben: Bedürfnissen – zu entsprechen habe, die ihren adäquaten Ausdruck und damit ihre gelungene Repräsentation im positiven Recht finden sollen.

2.3 Nichtrepräsentierbarkeit des lebenden Rechts: Die Unmöglichkeit der Rechtswissenschaft (Kirchmann)

Die Vergegenwärtigung des Volkgeistes vermag aber auch den Wissenschaftscharakter der Jurisprudenz schlechthin in Frage zu stellen. Denn selbst wenn man der Rechtsentstehungslehre folgt, wenn man davon ausgeht, dass das Recht „natürliches Recht“ sei, wie es im Volk gelebt, gefühlt und verwirklicht werde (Kirchmann 1848: 7), so liegt gerade hierin der Grund für die *Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, wie der Staatsanwalt Julius Kirchmann in einem viel und kontrovers diskutierten Vortrag aus dem Jahr 1847 ausführt.

Wie jede andere Wissenschaft – Kirchmann hat insbesondere die Naturwissenschaften vor Augen – habe die Jurisprudenz einen eigenen Gegenstand, der unabhängig von ihr existiere (ebd.: 7f.). Diesen Gegenstand versuche sie „zu verstehen, seine Gesetze zu finden, am Ende die Begriffe zu schaffen, die Verwandtschaft und den Zusammenhang der einzelnen Bildungen zu erkennen und endlich ihr Wissen in ein einfaches System zusammen zu fassen“ (ebd.: 9). Das „natürliche Recht“ aber stelle einen besonderen Gegenstand dar: Es ruhe im Wissen und Gefühl des Volks, sei selbst nicht wissenschaftlich, da nicht auf die Regel, sondern auf den jeweils besonderen Fall bezogen. Es handele sich immer um gegenwärtiges Recht, das sich ständig verändere. Daher gelte: „*Die Gegenwart ist allein berechtigt*. Die Vergangenheit ist todt; sie hat nur Werth, wenn sie das Mittel ist, die Gegenwart zu verstehen und zu beherrschen.“ (Ebd.: 16, H.i.O.)

Die Beweglichkeit eines derart präsentischen Gegenstandes bewirkt nach Kirchmann, dass keine adäquate Repräsentation des natürlichen, lebenden Rechts möglich sei, die einer wissenschaftlichen Untersuchung zugänglich wäre. Die Wissenschaft, in der sich die Wahrheit langsam den Weg bahnt, komme nicht nur immer zu spät, da die Gesetzmäßigkeiten, die heute aufgespürt würden, morgen schon wieder überholt sein könnten. Vielmehr stehe sie dem wesenhaften Fortschreiten des Rechts sogar feindlich gegenüber, indem die „Bildungen der Gegenwart in die wohlbekannten Kategorien erstorbener Gestalten“ gezwungen würden (ebd.: 14).

Da das Recht zudem seinen Sitz im Gefühl – auch des Wissenschaftlers – habe, sei eine wertfreie Betrachtung fast gänzlich unmöglich. Dann handle es sich aber nicht um Wissenschaft, denn: „Das Gefühl ist nie und nirgends ein Criterium der Wahrheit“ (ebd.: 18). Wertfreie Betrachtung angesichts der wertenden Entscheidung, die im Recht gefällt werden, erscheint nicht denkbar.

Eine Lösung dieses Problems der Jurisprudenz könne aber auch nicht darin bestehen, dass sie das gesetzte und in diesem Sinne positive Recht zu ihrem Gegenstand mache. Denn anders als das natürliche Recht sei das positive Gesetz starr und abstrakt, könne nur zu einem kleinen Teil die Wahrheit des lebenden Rechts erfassen und sei daher „in seiner letzten Bestimmtheit baare Willkür“ (ebd.: 21).¹⁷⁸ Nicht nur das natürliche Recht leide unter dem positiven Gesetz, sondern auch die Wissenschaft: „Die Juristen sind durch das positive Gesetz zu Würmern geworden, die nur vom faulen Holz leben; vom gesunden sich abwendend. Es ist nur das kranke, in dem sie nisten und weben.“ (Ebd.: 23)

Das alles erkläre den schädlichen Charakter der sich als Wissenschaft verstehenden Jurisprudenz, den Kirchmann in wichtigen Worten ausführt. Seine Provokationen führen zu heftigen Gegenreaktionen (vgl. Klenner 1993, m.w.N.). Die Radikalisierung des Volksrechts als gegenwärtiges natürliches Recht führt dabei zum Problem der Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft angesichts der Besonderheit ihres Gegenstandes, des lebenden Rechts, das seinem Wesen nach nicht repräsentierbar ist¹⁷⁹ – eine Problematisierungsweise des Repräsentationsgedanken, in deren Zen-

178 Wie Savigny bestreitet Kirchmann den „Beruf“ zur Gesetzgebung, allerdings nicht nur seiner Zeit, sondern aller Zeiten. Letztlich erweist sich das willkürlich gesetzte Recht noch unberechenbarer als das lebende Recht, da es jederzeit geändert werden kann: „[D]rei berichtigende Worte des Gesetzgebers und ganze Bibliotheken werden zu Makulatur“ (Kirchmann 1848: 23).

179 Die seitdem so oft geäußerte Frage nach der Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft wird auch heute zumeist mit dem Verweis auf Kirchmann verbunden

trum Kirchmann die Möglichkeit der wissenschaftlichen Untersuchung eines „lebenden Rechts“ prinzipiell in Frage stellt. Während Beseler eine Veränderung der Methode fordert, lehnt Kirchmann die Möglichkeit der wissenschaftlichen Untersuchung gänzlich ab.

Trotz aller Einwände aufgrund der spezifischen Eigenheiten des Gegenstands Rechts bleibt die Wissenschaft des Rechts wie bei Savigny auch für Kirchmann der Wahrheit verpflichtet – gerade deswegen scheitert sie ja an ihrem besonderen Gegenstand. Die Grundprämisse, dass die Rechtswissenschaft – bei Kirchmann analog zu den Naturwissenschaften – eine Seinswissenschaft ist, wird nicht bestritten. Genau aus diesem Grund bereitet nach Kirchmann auch der normative Charakter des Rechts, das „Gefühl“ bzw. das Gerechtigkeitsempfinden, der auf unveränderliche Wahrheit ausgerichteten Wissenschaft unlösbare Probleme. Die Rechtswissenschaft, der als Wissenschaft ein Bezug zum Sollen fremd sei, kann sich daher in ihrer Betrachtung des Rechts nur vom normativen Leben entfernen, wird selbst lebensfremd und steht dem Leben der Gegenwart feindlich gegenüber. Da Kirchmann das Faktum der Normativität des Rechts nicht aus der Vergangenheit herleitet und darüber zu klären sucht, weil er aber auch nicht die vernunftmäßige, da abstrakte und damit für ihn lebensfremde Entscheidung über Wertungsfragen befürwortet, wird die Normativität neben der Beweglichkeit des Gegenstandes für ihn zum Stolperstein der Rechtswissenschaft. Sie führt nicht zu einem Wandel im Wissenschaftsverständnis, sondern schließt die wissenschaftliche Behandlung eines Rechts aus, das sich mit den sozialen Gegebenheit jeweils wandelt. Anders gesagt: Die Rechtswissenschaft scheitert für Kirchmann an der Nicht-Repräsentierbarkeit ihres Gegenstandes, die aus dem lebendigen Charakter des Rechts und seiner Normativität folgt.

2.4 Politische Repräsentationsprobleme: Römisch-liberales versus germanisch-soziales Recht

Die Verortung des Rechts im Volksgeist führt trotz der Verwissenschaftlichung und Entpolitisierung des Rechts wieder zurück zur Politik. Denn wenn Recht den Volksgeist repräsentiert, dann zeigt sich im Volksgeist das Volk selbst. Es wird darin lesbar und bestimmbar. Dabei findet ausgehend

– allerdings nicht mit Blick auf das „lebende Recht“, sondern mit Blick auf das Problem der Abhängigkeit einer auf positiven Gesetzen fußenden Rechtswissenschaft von der Gesetzgebung.

von der Konfrontation des römischen Rechts mit der gesellschaftlichen Wirklichkeit des deutschen Volkes ab Mitte des 19. Jahrhunderts eine bemerkenswerte Umdeutung in der politischen Zuordnung der Rechtslehre der Historischen Rechtsschule statt:

Das politische Argument liegt zunächst in der Reinigung des Rechts vor politischen Einflüssen, die dem Gesetzgeber jegliche Kompetenz zur Kodifikation abspricht, ein politischer Quietismus, der anschlussfähig ist für restaurative Gedanken nach 1815 in Deutschland. Denn das historisch Gewordene kann gegen jegliche Reformbewegung ausgespielt werden. Nicht nur prominente Vertreter der Historischen Rechtsschule wie etwa Friedrich Julius Stahl, Führer der Konservativen in Preußen, begünstigen die Einordnung des Gedankenguts der Historischen Rechtsschule *in toto* als Ausdruck eines „knöchernen Konservatismus“ (Goldschmidt 1865: 107; s.a. Bruns 1843: 130; Geib 1848: 23) bzw. „einer weit verbreiteten reaktionären Bewegung“ (Seeger 1843: 153; s.a. Ruge 1841: 509; später auch Jhering 1861: 369). Demgegenüber erscheinen die Befürworter der Kodifikation,¹⁸⁰ namentlich das „jüngere Naturrecht“ (Klippel), als liberal.¹⁸¹

Diese politische Zuordnung ändert sich Mitte des 19. Jahrhunderts nach der gescheiterten Revolution 1848/49 grundlegend. Nun erscheinen plötzlich die Verfechter des römischen Rechts als die eigentlichen Vertreter liberalen Gedankenguts. Anknüpfungspunkt ist dabei nicht die Rechtsentstehungslehre, sondern deren Produkt, d.h. der „Geist“, der im römischen Recht der Pandektistik zu erkennen sei.

180 Im Vormärz wird die Forderung nach einer gesamtdeutschen Kodifikation seitens vieler Naturrechtler, aber auch zahlreicher Vertreter des germanistischen Zweiges der Historischen Rechtsschule zunehmend mit der politischen Konzeption des Liberalismus verbunden. Sie wird damit zum Teil der liberalen Bewegung (vgl. Schöler 2004: 165ff. m. zahlr. N.) – und somit auch zum Widerpart der restaurativen Politik der deutschen Regierungen. Insofern verwundert es nicht, dass die Frage der Rechtsvereinheitlichung durch eine deutsche Nationalgesetzgebung auf der Tagesordnung der am 18. Mai 1848 zusammengetretenen Nationalversammlung steht. Zum Einfluss der Argumentationsweisen der Historischen Rechtsschule auf Debatten und Abstimmungen der (dominierenden) Juristen innerhalb der Nationalversammlung, die wiederum eine interne Dominanz der Historischen Rechtsschule aufweist, vgl. Siemann 1976.

181 Allerdings muss man sagen: Diese Zuschreibungen sind auf personaler Ebene nicht gleichzusetzen mit der Einteilung der Rechtsschulen in Historische Rechtsschule versus Naturrecht. Auf beiden Seiten ist eine politische Pluralität anzutreffen: Absolutismus, ständisches Recht, Kritik und Rechtfertigung eines Verfassungszustandes oder eben die liberale Konzeption von Individuum, Staat und Gesellschaft fanden gleichermaßen eine naturrechtliche Begründung wie Anhänger im Lager der Historischen Rechtsschule (vgl. Wieacker 1996: 280ff.).

Im Jahr 1852 veröffentlicht Rudolf von Jhering den ersten Band vom *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, in dem er Savignys methodologischen Individualismus, der aus seiner holistischen Perspektive folgt, hin zu einer individualistischen Herleitung von Staat und Recht radikalisiert (vgl. Jhering 1852: 101). Staat und Recht seien Produkte des individuellen Willens.¹⁸² Denn das Individuum trage immer schon, d.h. auch im vorstaatlichen Zustand, das Rechtsprinzip bzw. das Rechtsbewusstsein in sich. Um dieses individuelle Rechtsbewusstsein, das Voraussetzung der Erzeugung jeglichen Rechts sei, zu kennzeichnen, nennt Jhering es das „rein subjektive[] Recht[], beruhend auf der Idee, daß das Individuum den Grund seines Rechts in sich selber, in seinem Rechtsgefühl und seiner Thatkraft trägt und hinsichtlich der Verwirklichung desselben auf sich selbst und seine eigne Kraft angewiesen ist“ (ebd.: 102).¹⁸³ Das subjektive Recht, und nicht das Rechtsverhältnis, wird damit der „durch Rückschlüsse zu ermittelnde, äußerste Ausgangspunkt des römischen Rechts“ (ebd.). Damit wird Egoismus und Selbstsucht, aber insbesondere der „subjektive Wille“ zu Leitkategorien der Untersuchung.

Der Oberappellationsrath zu Rostock Carl Adolf Schmidt schließt sich ein Jahr später in seiner Schrift *Der principielle Unterschied zwischen dem römischen und germanischen Rechte* Jherings Charakterisierung des Geistes des römischen Rechts an (vgl. Schmidt 1853: V).¹⁸⁴ Er will in seiner Schrift allerdings nachweisen, „daß die Voraussetzungen und Principien des römischen Rechts etwas specifisch Römisches sind und mit den Grundprincipien unseres nationalen Staats- und Rechtslebens in directem Widerspruch stehen“ (ebd.: VI). Das fremde Recht entspreche nicht dem germanischen Geist, wie er in der germanischen Rechtsordnung zum Ausdruck komme. Während nämlich Rom „lediglich den Begriff der subjectiven Freiheit in Staat und Recht zu realisiren“ (ebd.: 17) suchte, gehe das germanische

182 So schreibt er: „Wenn Recht und Staat nicht im Individuum ihren innerlichen Grund hätten, wenn nicht schon jede dauernde Gemeinschaft von Individuen eine rechts- und staatsbildende Kraft in sich trüge: woher wäre denn Recht und Staat in die Welt gekommen?“ (Jhering 1852: 101).

183 Jhering begründet dieses subjektive Recht entsprechend dem Geschichtsdanken der Historischen Rechtsschule rein historisch: Auch wenn in der gegenwärtigen Zeit der Mensch gemeinhin als Rechtssubjekt angesehen werde, handle es sich dabei um eine historisch-spezifische Ansicht, und keinesfalls um eine ahistorische Vernunftwahrheit. Sie habe sich jedoch nur aus dem römischen Recht entwickeln können, weil der Keim in den Ursprüngen des Rechts angelegt sei (ebd.: 98ff.).

184 Vgl. zum Folgenden insbesondere Luig 1995: 114ff., v.a. mit Blick auf die Hegel'sche Unterscheidung zwischen römischen und germanischen Leben.

Recht von einem „objective[n] Sittengesetz“ aus, das „über dem subjectiven Willen der Einzelnen“ stehe (ebd.: 47). Es gehe damit von der Verpflichtung aus, „sich in allen rechten und sittlichen Dingen einander beizustehen“ (ebd.: 49). Kurz: Das römische Recht ist nach Schmidt Ausdruck eines individualistischen Geistes, das germanische Recht hingegen auf Gegenseitigkeit ausgerichtet und damit gemeinschaftsbezogen, d.h. sozial; und folglich rücken die Genossenschaften und gesellschaftliche Ordnungen in ihren Verbänden und Lebenskreisen als Rechtsmaterien in den Mittelpunkt. Genau hierin liegt für Schmidt der Vorzug des germanischen Rechts.

Auch wenn die Rezensionen der Schrift Schmidts kritisch ausfallen, stützen sie doch die Grundannahme hinsichtlich des charakteristischen Gegensatzes dieser beiden Rechtsordnungen als römisch-individualistisch versus germanisch-sozial (vgl. Bruns 1882 [1853]; Esmarch 1853: 1016; Dernburg 1853: 274f.). Verschärft wird die Debatte zudem durch das Buch *Ueber die geschichtliche Entstehung des Rechts* des Greifswalders Rechtsanwalts Gustav Lenz, demzufolge Schmidt die römischen Rechtsansichten scharf und treffend charakterisiert habe (Lenz 1854: 311 Anm. 214). Denn wie Schmidt bestimmt Lenz das römische Recht als eine Rechtsordnung, die die Person und deren Willen als Grundlage begreift. Darin sieht Lenz nun jedoch gerade seinen überlegenen Wert: Es sei ein „absolutes Recht“, das als Vorlage aller zukünftigen Gesetzgebung zu dienen habe (ebd.: 35).¹⁸⁵

Während Schmidt das soziale Recht der Germanen und Lenz das individualistische Prinzip des römischen Rechts preisen, setzt sich der Naturrechtler Karl David August Röder für die Überwindung solcher Einseitigkeiten ein. Zwar erkennt auch er den individuellen Charakter des römischen Rechts, wohingegen die Germanen sich durch „die Gebundenheit durch die gesellschaftlichen Ordnungen“ auszeichneten (Röder 1855: 66). Doch handelt es sich Röder zufolge nicht um einen Gegensatz verschiedener Rechtsordnungen, sondern um zwei Seiten des einen Rechtsbe-

185 Lenz leitet dieses absolute Recht der Römer aus der Unabhängigkeit von der Sitte eines Volkes her. Wenn ein Recht im Volk als ein organisches Naturganzes begründet wird, so kann es nur lokale und partikuläre Geltung beanspruchen. Demgegenüber handelte es sich bei den Römern um ein reines „Menschen-collectiv“ bzw. einen „Verein von Menschen, der kein Volk war“ (Lenz 1854: 36, 35). Die Plebejer hätten in einer Gemeinschaft „ohne organischen Zusammenhang mit traditioneller Sitte und Sittlichkeit“ (ebd.: 152) gelebt und hätten daher ein Privatrecht von absolutem Charakter hervorbringen können (zu Lenz vgl. Hofer 2001: 58).

griffs (so auch Bruns 1882 [1853]: 327). Damit verschiebt er die Frage hin zu einem allgemeinen Problem: Es geht um die Frage der „Vermittlung und Versöhnung der Einzelfreiheit mit der einheitlichen Gesellschaftsordnung“ (Röder 1855: 60). Im Recht und mit dem Recht geht es nun um das Verhältnis von Individuum und gesellschaftlicher Ordnung – ausgetragen anhand der verschiedenen Rechtsordnungen, wie sie sich im römischen und im germanischen Recht zeigen.

In all diesen Positionen verfestigt sich das Bild der entgegengesetzten Rechtsordnungen als römischen-individualistisch versus germanisch-sozial zu einer unhinterfragten Grundannahme – sei es, dass eine Seite bevorzugt wird, sei es, dass sie versöhnt werden sollen.¹⁸⁶ Der Gegenstand ‚Recht‘, der jeweils einen ganzen Rechtskorpus als Einheit umfasst, wird als Ausdruck bestimmter Geistes- und Volkshaltungen gesehen – aber nur, weil das Recht als Repräsentation der jeweils zur Debatte gestellten gesellschaftlichen Ordnungen angesehen wird.

Gleichzeitig wird darüber aber auch der politische Geist dieser Rechtsordnungen bestimmt, worin sich die erwähnte Umwertung zeigt: Richtet man den Blick auf den Systemaufbau der Romanisten, die sich in der Binnenperspektive einem methodologischen Individualismus verpflichten, dann erscheint das römische Recht nicht mehr konservativ oder reaktionär, sondern als Verwirklichung der liberalen Prinzipien.¹⁸⁷ Die Orientierung im Binnenraum des Rechts an der Freiheit des Subjekts und die Privi-

186 So schreibt Klaus Luig: Mit Kuntzes *Der Wendepunkt der Rechtswissenschaft* aus dem Jahr 1856 „ist schließlich die These vom Individualismus des römischen Rechts und vom sozialen Geist des germanisch-deutschen Rechts bei Freund und Feind endgültig etabliert“ (Luig 1995: 135); zur Herausbildung dieses ursprünglich nicht bestehenden Gegensatzes in der Historischen Rechtsschule vgl. Kroeschell 1977; mittlerweile hat sich aus rechtshistorischer Perspektive die Position etabliert, dass dieser Gegensatz nicht in der Rechtsmaterie begründet liegt, vgl. hierzu die Beiträge von Klippel, Landau, Kroeschell und Rückert in Rückert, Willoweit 1995.

187 An diese Perspektive schließt Marx in seiner Kritik des Rechts in der Politischen Ökonomie an, wobei für ihn kein anderes Recht aus der kapitalistischen Produktionsform erwachsen kann. Marx setzt an den privatrechtlichen Rechtsverhältnissen an, die für ihn aber weder „aus sich selbst“ (gemeint ist Savigny) noch „aus der allgemeinen Entwicklung des menschlichen Geistes“ (gerichtet gegen Hegel) zu begreifen sind, sondern „in den materiellen Lebensverhältnissen“ wurzeln (Marx 1971 [1859]: 8). Die materiellen Grundlagen sind die Verhältnisse der sozialen Herrschaft in der bürgerlichen Gesellschaft, welche im Recht in die Ideologie der subjektiven Freiheit und rechtlichen Gleichheit verkehrt werden. Daher erweist sich das bürgerliche Recht des „heutigen römischen Rechts“ nach Savigny neben dem Naturrecht als Ort seiner Rechtskritik, wird hier doch

legierung seines Willens werden als Ausdruck einer liberalen Gesinnung interpretiert. Mehr noch, die Freisetzung des Subjekts im Privatrecht wird mit der öffentlich-rechtlichen Forderung nach Volkssouveränität in Verbindung gebracht (Dernburg 1853: 270). Demgegenüber erscheint der germanische Geist mit seiner Koppelung an die sozialen Verpflichtungen nicht nur als Form eines modernen Konservativismus, sondern wird auch in die Nähe des „francösischen Socialismus“ gerückt (Bruns 1882 [1853]: 327.), wenn er nicht gar als sozialistische oder kommunistische Position verstanden wird (vgl. Röder 1855). Diese Debatten verdichten sich zur Koppelung römisch-liberal versus germanisch-sozial.¹⁸⁸

Nicht in der Rechtsentstehungslehre, die das Recht durch die Verlagerung der Genese in den Volksgeist von der Politik zu reinigen sucht, sondern in dem, was durch ‚das Volk‘ produziert wurde, d.h. im positiven Recht in seiner Einheit im jeweiligen Rechtskorpus, wird der politische Geist gesucht und gefunden. Im Recht, d.h. in seiner Ordnung, zeigt sich der „Geist“ des Volkes, sein Spezifikum und Charakteristikum. Daher ist das Recht der herausragende Ort, um den Volksgeist bestimmbar zu machen. An diesem Geist lagern sich die politischen Probleme an – ein Geist, der jedoch der Repräsentationsleistung des Rechts entspringt und daher weder Rechtsentstehungslehre noch den Repräsentationsgedanken in Frage stellt.

3. „Lebendes Recht“ als Repräsentationsproblem

Wird das Recht im Diskurs der Privatrechtswissenschaft als „lebendes“ oder „lebendiges Recht“ gefasst, so wird darüber in den Debatten um die Prämissen der Historischen Rechtsschule der Bezug des Rechts zur gegenwärtigen sozialen Wirklichkeit problematisiert. Dieser Bezug nimmt gera-

das gleiche Recht der Person auf freie Verfügung über Sachen (Eigentum) und deren Tausch (Vertrag) etabliert. Dies ist für Marx die funktional notwendige Rechtsgestalt der Herrschaftsform der bürgerlichen Gesellschaft. Debatten um soziale Rechte (insbesondere seitens der französischen Sozialisten) erscheinen ihm als „Albernheit“ (vgl. Marx 1974 [1857/58]: 160), da sie an dieser Rechtsgestalt (respektive Rechtsform) nichts ändern (vgl. a. Marx, Engels 1972 [1848]). Letztlich hat Marx also nur das individualistische Privatrecht im Auge, das den sozialen Verhältnissen entsprungen und damit ebenso ein Produkt der Gesellschaft ist. Zur Kritik der marxistischen Rechtstheorie in ihrer Verengung auf das individuelle Privatrecht unter Ausschluss des sozialen Rechts vgl. Menke 2013.

188 Über Theodor Mommsen wandert das Bild des liberalistischen und individualistischen römischen Rechts in die Nationalökonomie ein, vgl. Luigi 1995: 135.

de auch im Feld der Gegnerschaft die Form eines Repräsentationsproblems an: Vorgeworfen werden der Historischen Rechtsschule Missrepräsentationen, insbesondere unter der Vergegenwärtigung der Sozialsphäre, das Scheitern der Wissenschaft an der Nicht-Repräsentierbarkeit des Gegenstandes bzw. die politischen Probleme des repräsentierten Geistes des Rechts. Auf der rechtstheoretischen Ebene geht es nicht um Bestimmungsversuche des Rechts etwa über seine gesellschaftlichen Funktionen (z.B. der Kontrolle, der Steuerung oder der Erwartungssicherung). Ebenso wenig stehen Abgrenzungsprobleme etwa von Recht und Moral oder Recht und Gewalt im Vordergrund. Die Aussagen formieren sich vielmehr um die Frage, ob das wissenschaftlich gefundene Recht dem Volksgeist als gegenwärtige, objektiv bestehende Wirklichkeit einen adäquaten Ausdruck gibt. Der Diskurs formiert sich um die Frage der Repräsentation der Sozialsphäre im Recht; das Repräsentationsproblem wird zur Problematisierungsform des Rechts und der Rechtswissenschaft.

Mit der Akzeptanz des Repräsentationsgedankens wird zugleich die Rechtsentstehungslehre in ihren Grundzügen anerkannt: Nur weil das Recht dem Volksgeist als eine unabhängige Sozialsphäre entspringt, ist es überhaupt in der Lage, diese Sphäre zu repräsentieren. Dabei zeigt sich: Das vage und verschwommene Ding „Volksgeist“ vermag die Rechtswissenschaft in zentralen Punkten wie Theorie, Gegenstand, Methode und Wissenschaftlichkeit in Frage zu stellen. Es wird zu einer „Fragemaschine“ im Diskurs der Rechtswissenschaft, indem es bestimmte Arten des Fragens und Vorgehens stimuliert, bestimmten Forschungsbedarf generiert und das Repräsentationsproblem als eine bestimmte Problematisierungsform institutionalisiert.

Gerade dadurch wird die Sphäre des Sozialen im Aussagefeld des juristischen Diskurses über das Privatrecht systematisch hervorgebracht. Der „spiritualistische“ bzw. „mystische“ Charakter der Volksgeistlehre, den ihr von Anfang an auch Vertreter der Historischen Rechtsschule ankreiden, wird dabei nicht durch die Ablehnung der Rechtsentstehungslehre, sondern durch die Vergegenwärtigung der Sozialsphäre aufzulösen gesucht. Mit dem Repräsentationsgedanken werden damit Recht und gegenwärtiger Volksgeist (als Synonym für eine vom Staat und Vernunft unabhängige Sozialsphäre) systematisch als Gegenstände gebildet, von denen gesprochen wird. Der Volksgeist wird im Diskurs der Privatrechtswissenschaften zu einem epistemischen Ding, das über die Problematisierungsform der Repräsentation verhandelt wird. Die Macht des Rechts, die Rechtsmacht, besteht in der Generierung dieser Wirklichkeit, und das Repräsentationsproblem des Rechts wird als Wirklichkeitsproblem verhandelt.

IV. Der Volksgeist in der Rechtsdogmatik: Die Problematisierung der Eigenart und des Werts der Rechtswissenschaft

Jenseits dieser großen Debatten in den Rechtswissenschaften entfaltet die Rechtsquellenlehre der Historischen Rechtsschule gerade im Bereich der Rechtsdogmatik zusehends und nachhaltig ihre dominante Wirkung. Das Recht wird als System adressierbar, es erscheint nun als ein „inneres“ oder „organisches System“. ¹⁸⁹ Savignys Systemverständnis wird zur Grundlage für die systematische Betrachtungsweise der Romanistik (bzw. Pandektistik), aber auch der Germanistik, und greift davon ausgehend auch auf andere juristische Bereiche wie etwa das Staatsrecht-, das Kirchen- oder das Prozessrecht über, die in einer ganz anderen Tradition stehen (vgl. Wieacker 1996: 412; Wilhelm 1958).

Das Repräsentationsproblem, das im „lebenden Recht“ eingelagert ist, wird in der Rechtsdogmatik als Erkenntnisproblem formuliert: Es geht um die spezifische Eigenart der rechtswissenschaftlichen Arbeit, die mittels ihrer Techniken die Erkenntnis des lebendigen Charakters des Recht gewährleisten soll. Dabei zeigt sich in der Entwicklung der rechtswissenschaftlichen Dogmatik, die v.a. im Bereich des römischen Rechts vorangetrieben wird, ¹⁹⁰ eine Aufwertung der juristischen Begriffs- für die Systembildung in ihrer spezifischen Technizität – nun auch im produktiven, systemerweiternden Sinne. In dieser Produktivität wiederum wird der besondere Wert der Rechtswissenschaft gesehen, vermag dies doch den geforderten Lebensbezug des Rechts zu garantieren und das Recht gewissermaßen am Leben zu erhalten. Und genau das lässt sich an den rechtsdogmatischen Entwürfen der beiden meist zitierten Vertreter der Romanistik zeigen: Georg Friedrich Puchta und Rudolph von Jhering.

189 Damit ist nicht unbedingt immer ein gleichartiger Systembegriff gemeint, allerdings wird auf der Rechtsentstehungslehre aufgebaut (vgl. die Nachweise bei Henkel 2004: 108ff.).

190 Dies liegt insofern nahe, als das römische Recht mit seiner Verankerung im *corpus iuris* eine ungleich sicherere gemeinsame Grundlage bietet als das schon allein aufgrund seiner Quellenbasis viel fragmentiertere einheimische, d.h. germanische Recht.

1. Die Eigenart der Jurisprudenz angesichts des „lebenden Rechts“: Produktive Jurisprudenz (Georg Friedrich Puchta)

Der Romanist Georg Friedrich Puchta schließt direkt an das epistemische Schema des von ihm bewunderten Savigny an: mit der axiomatischen Gründung des Rechts auf einer vorgängigen, objektiv existenten Sozialsphäre, die er – gegenüber dem hegelianischen Bedeutungsinhalt – erfolgreich mit dem Namen „Volksgeist“ belegt (vgl. Puchta 1828: 133ff.; 1841: 23ff.; 1838: 11; 1847: 20ff.); mit der Bestimmung dieser Sphäre als lebendigen Organismus (vgl. Puchta 1841: 45, 95; 1828: 158; 1847: 16); dadurch der Festlegung auf eine organische Einheit; ihrer Begrenzung auf das Bewusstsein (vgl. Puchta 1841: 23ff.); mit der Vorgängigkeit dieser Einheit vor den Individualinteressen, was die Unverfügbarkeit des Rechts durch Einzelne, aber auch durch den Staat impliziert (vgl. Puchta 1828: 157f.); schließlich auch mit der Aussonderung des Rechts als Glied des Ganzen, d.h. als eigenständiger lebendiger Organismus, der Gegenstand einer eigenen Wissenschaft sein kann (vgl. etwa Puchta 1841: 100, 45, 77). Daher problematisiert auch Puchta das Recht über die Frage, wie es eigentlich zu erkennen sei – und das ebenso im Hinblick auf das heutige gemeine, d.h. römische Recht. Wie Savigny behandelt er das positive Recht, d.h. die „geschichtliche Thatsache“ (ebd.: 96) des Rechts als ein Phänomen des Seins und nicht des Sollens.

Puchta trennt jedoch deutlicher als Savigny zwischen Recht und Volksgeist. Der Zugang zu der im Volksgeist liegenden geistigen Einheit ist dem Juristen im Grunde gänzlich verwehrt (vgl. Haferkamp 2012: 79).¹⁹¹ Daher erweist sich der proklamierte Zusammenhang zwischen Recht und Volksgeist selbst als problematisch.

1.1 Das Recht der Wissenschaft

Um diese nun offene Frage nach dem Verhältnis von Recht und Volksgeist zu klären, unterscheidet Puchta zwei Arten des Juristenrechts: Einerseits existiere das Juristengewohnheitsrecht, das die Juristen in ihrer Funktion als „natürliche Repräsentanten [...] des nationalen Rechtsbewußtseins“

191 Das liegt daran, dass der Erkenntnismangel bei Puchta auch für den Entstehungszusammenhang gilt: „Was uns sichtbar ist, das ist nur das Entstandene selbst, das Recht also, nachdem es aus der dunkeln Werkstätte, in der es bereitet wurde, hervorgetreten und wirklich geworden ist.“ (Puchta 1841: 30).

(Puchta 1847: 39) aussprechen.¹⁹² Geltung beansprucht dieses Recht aufgrund der Tatsache, dass man es auf die dem Recht letztlich äußere Autorität der „unmittelbare[n] Volksüberzeugung zurück[...]führen“ könne, die im Zuge der Entwicklung des Rechts auf die Juristen übergegangen sei. Im Sinne des Repräsentationsgedankens können solche Rechtssätze der Juristen also Rechtsquelle sein.

Genau das aber kann nach Puchta „natürlich von der wissenschaftlichen Tätigkeit als solcher und ihrer Wirkung nicht gesagt werden“ (Puchta [anonym] 1839: 730).¹⁹³ Daher stehe dem Juristengewohnheitsrecht das „Recht der Wissenschaft“ gegenüber, das sich aus der wissenschaftlichen Arbeit am Recht, d.h. aus inneren, systematischen Gründen herleite (vgl. Puchta 1837: 14f.). Es entstehe als „Product einer wissenschaftlichen Deduction“ (Puchta 1841: 37). Die Geltung beruhe dabei auf seiner „inneren“ Autorität, d.h. konkret auf „1) der Vernunftmäßigkeit des bestehenden Rechts, 2) auf der Wahrheit der daraus abgeleiteten Principien, und 3) auf der Richtigkeit der Folgerungen, die aus diesen Principien gemacht werden“ (Puchta 1847: 39).

Puchta nennt also dezidiert „innere Gründe“ für die Geltung des Rechts. Er verweist auf einen Binnenraum des Rechts, der allein der wissenschaftlichen Handhabung zugänglich ist, nämlich über Vernunft, Wahrheit und korrekte Schlussfolgerung. Nur dieses Recht kann legitimerweise das „Recht der Wissenschaft“, also Gegenstand der Rechtswissenschaft sein.

Diese Konzeption entspricht einem veränderten Rechtsverständnis: Dass das Recht dem Volksgeist entspringe, zeige die freie Seite jeglichen Rechts. Es sei historisch-kontingent, Produkt der freien menschlichen Tätigkeit, immer ein Recht im Werden. Freiheit sei also der „Keim des Rechts“ (Puchta 1841: 6), das daher in seiner Entwicklung keiner inneren Notwendigkeit folge. Gleichzeitig ist das Recht für Puchta aber „etwas Vernünftiges“ und daher ein „in seiner Entwicklung einer logischen Nothwendigkeit Unterliegendes“ (Puchta 1847: 22).¹⁹⁴ Es entspringe der Tätigkeit des menschlichen Geistes, die den faktischen Ungleichheiten

192 Diese Ausdifferenzierung des Juristenrechts erfolgt im zweiten Teil der Abhandlung *Das Gewohnheitsrecht* (1837; vgl. hierzu Haferkamp 2004: 371ff.).

193 Die Autorenschaft Puchtas dieser anonym publizierten Rezension ergibt sich nach Haferkamp zweifelsfrei aus dem Text (Haferkamp 2004: 478).

194 Allerdings entstammt das Recht nicht der Vernunft, wie es das Vernunftrecht postuliert (vgl. Puchta 1841: 6). Puchta leitet die Vernunftseite vielmehr von anthropologischen Annahmen bzgl. des menschlichen Geistes ab (vgl. ebd.: 3ff.), die sich insbesondere in der Notwendigkeit zeigen, die „natürliche Ungleichheit

und Mannigfaltigkeiten Herr zu werden suche. Das Recht ordne die natürlichen divergenten Verhältnisse unter Gleichheitsgesichtspunkten, d.h. über Vergleichung. Damit befinde sich das Recht immer in Spannung zwischen Freiheit und Gleichheit. Aber gerade die Seite der Vergleichung gewährleiste das „Band“ des menschlichen Zusammenhalts (Puchta 1841: 17). Dieses Band sei die ordnende Kraft des Rechts, die das menschliche Miteinander ermögliche und der zerstörenden Kraft des Individualismus entgegenwirke (ebd.).¹⁹⁵ Nicht organische Harmonie wie bei Savigny, sondern Harmonisierung zum Zwecke der zwischenmenschlichen Bindung aneinander steht bei Puchta im Vordergrund.¹⁹⁶

Volksgeist und logische, innere Notwendigkeit werden damit zum doppelten Bestimmungsgrund des Systems: Auf der einen Seite stellt sich das Rechtssystem als ein lebendiger, in freier Entwicklung begriffener organischer Zusammenhang dar; andererseits weist das Recht einen logisch-vernünftigen Zusammenhang auf, und „dieß ist die Seite von welcher es ein System ist, einen Organismus von Gattungen und Arten bildet“ (ebd.: 6). Damit wird die Erkenntnis der „inneren Gründe“, d.h. der logisch-vernünftigen Seite, zu einer Erkenntnisquelle des Rechts (ebd.: 45).¹⁹⁷ Das hat Rückwirkungen auf die Anordnungsebene. Als vernünftiges Ganzes hat der Organismus, das System, nach Puchta – anders als bei Savigny – ein

der Menschen und Verhältnisse“ (ebd.: 18) unter Gleichheitsgesichtspunkten überhaupt handhabbar machen zu können. Daher bestehe der Sinn des Rechts darin, „die Gleichheit zu schützen“ (ebd.; vgl. hierzu Haferkamp 2004: 352ff.). Die Spannung von Ungleichheit und Ordnungssuche durch das vergleichende Recht wird zum Motor der Rechtsentwicklung (vgl. Puchta 1841: 36), handelt es sich doch bei der Gleichheit um ein Prinzip, das den Keim der Selbstergänzung des Rechts ausmacht (s.u.).

- 195 Eine weitere verbindende Kraft sei die Liebe, auf der die „natürlichen Verbindungen“ wie Ehe, Familie, Volk, Nächstenliebe bis hin zur Liebe zu Gott als „wahre Mutter derselben“ beruhen (Puchta 1841: 17f.).
- 196 Recht wird bei Puchta nicht nur zum Erkenntnismittel, sondern nun auch zum Garanten der gesellschaftlichen Ordnung. Da dieser Gedanke auf der dogmatischen Ebene keine Auswirkung hat, wird er hier nicht weiter berücksichtigt, auch wenn Übergänge zur Frage nach der gesellschaftlichen Funktion des Rechts erkennbar sind (vgl. § 4).
- 197 Dabei löst Puchta den Begriff des Rechts nicht in der Vernunft auf – es geht um den Blick in die „auch-vernünftige“ Natur des Rechts, die jedoch nicht dem Vorrang der freien Seite des Rechts zu widersprechen vermag (vgl. Puchta 1841: 36f.).

„Fundament“: Die Freiheit des Einzelnen, d.h. die Gründung des Rechts auf der Möglichkeit eines Willens (ebd.: 9, 10).¹⁹⁸

Systemdenken zeichnet sich bei Puchta durch Fundierung des Rechts im subjektiven Recht aus, der methodologische Individualismus wird als Grundlage der Erkenntnis des Systemaufbaus beibehalten bzw. noch gestärkt.¹⁹⁹ Gegenüber Savigny leitet Puchta das subjektive Recht, die Willensmacht des Einzelnen als Recht entsprechend seines veränderten Rechtsbegriffs nicht von der intersubjektiven Beziehung im wirklichen Leben, d.h. aus den faktischen Verhältnissen in den Rechtsverhältnissen ab.²⁰⁰ Diese sind für ihn nur „schwankende[] Vorstellungen“ bzw. „wechselnde[] Wellen“ (Puchta 1838: VII; 1841: 52).²⁰¹ Vielmehr rekurriert er auf eine „philosophische“, bei genauerer Betrachtung jedoch anthropologisch-theologische Bestimmung des Rechts (vgl. Puchta 1841: 3ff.).²⁰²

198 Zur zeitgenössischen Kritik an der Überbetonung logischer Elemente in dieser Setzung vgl. Haferkamp 2004: 281ff.; zum Einfluss von Schellings Freiheitsphilosophie auf Puchta vgl. Haferkamp 2004; Landau 1992: 4ff. m.w.N.

199 Damit ist jedoch – entgegen späterer Interpretationen – noch nicht geklärt, ob es sich dabei um ein System in Form einer hierarchisierenden Stufenleiter oder um ein zirkulär verfahrenes System handelt (vgl. hierzu Henkel 2004: 52f.).

200 Er dreht vielmehr das Verhältnis um: „Rechte bilden den Kern der Rechtsverhältnisse, die Rechtsverhältnisse sind Complexe von Rechten“ (Puchta 1845: 42). Daher fügt er erst im Jahr 1841 das Rechtsverhältnis bzw. das System der Rechtsverhältnisse (hier aber verstanden als Einteilung der Personen nach ihrer Stellung, z.B. Einzelner, Familienmitglied, Volksglied oder Glied der Kirche), dem System der Rechte hinzu, wie er es schon in den 1820er Jahren entworfen hatte (vgl. Puchta 1841: 54ff.).

201 Die Abwendung vom Rechtsverhältnis ist verbunden mit einer Aufwertung des Rechtssatzes als sichere Grundlage – Puchta arbeite „[e]nger am Text“ (Haferkamp 2012: 78).

202 Auch wenn man hierin eine Annäherung von Puchtas Subjekt des subjektiven Rechts an das liberale Subjekt des Vernunftrechts zu erkennen vermag, wendet sich Puchta explizit gegen das Natur- und Vernunftrecht, indem er die philosophischen Bestimmungen im positiven Recht zu verankern sucht. Daher ist die „Person“ nicht Ausdruck einer Gleichheit des Subjekts als Mensch. Das Recht bildet keine natürliche Gleichheit ab, sondern ist Folge des vergleichend vorgehenden Rechts angesichts faktischer Ungleichheit: „So geht der Zug des Rechts nach einer Gleichheit, die der rechtlichen Anschauung der Dinge ein hartes und kaltes Ansehen giebt, und der weichen Phantasie, der spielenden Lust der Gefühle unheimlich erscheint. Die Vielseitigkeit des menschlichen Wesens wird im Recht zu dem farblosen Begriff der Person verflüchtigt, es läßt den Reichtum der äußeren Natur zu dem gleichmachenden Begriff der Sache einschwinden“ (Puchta 1841: 18f.). Daher lehnt Puchta auch die natur- und vernunftrechtliche Frage nach dem „Seynsollenden“ ab (ebd.: 97), derzufolge das Subjekt aus Gründen jenseits des positiven Rechts gleich ist und daher gleich sein soll.

Trotz dieser Divergenz im Rechtsbegriff ermittelt Puchta den Systemaufbau ähnlich wie Savigny: Auf induktivem Weg werden die Rechtssätze anhand gleicher Merkmale über die Gegenstände der Unterwerfung unter den menschlichen Willen (subjektives Recht) in Gruppen zu Rechtsinstituten zusammengefasst (vgl. Puchta 1847: 94).²⁰³ Allerdings verlagert er den Schwerpunkt hin zur Begriffsarbeit und versucht die Rechtsinstitute unter Begriffe zusammenzufassen (vgl. Haferkamp 2003: Rn. 55). Ziel ist die typisierende und klassifizierende Arten- und Gattungsbildung in der Begriffsbildung (vgl. Puchta 1851: 247).

Mittels dieser systematisierenden Ordnung des Stoffs durch Begriffe habe man jedoch noch nicht den inneren Zusammenhang des Rechts erkannt – und damit letztlich auch nicht den wahren Begriff. Eine solche Kenntnis besitzt nach Puchta derjenige,

welcher des Zusammenhangs der Rechtssätze sich bemächtigt, ihre Verwandtschaft unter einander erforscht hat, so daß er die Abstammung eines jeden Begriffs durch alle Mittelglieder, die an seiner Bildung Antheil haben, auf und abwärts zu verfolgen vermag (Puchta 1841: 101).²⁰⁴

Denn nur aus der Stellung im System, vermittelt über die den verschiedenen Rechtsklassen zugehörigen Begriffe, und nicht aus sich selbst heraus könne die Natur und Bedeutung eines konkreten subjektiven Rechts er-

203 Darüber gewinnt Puchta grundverschiedene „Classen, durch die sich die Natur und Behandlung der ihnen zugehörigen Rechte bestimmen“ (vgl. Puchta 1847: 94). Trotz Einheit im Rechtsbegriff ergibt sich eine Ordnung, die aus streng zu unterscheidenden Rechten besteht. Eine Verschiedenheit der Gegenstände bedingt eine Verschiedenheit der Rechte (Puchta 1838: 32). Puchta identifiziert hierbei fünf Gegenstände der Unterwerfung unter den rechtlichen Willen, denen die Klassifikation der Rechte folgt: Rechte an der eigenen Person (hier ordnet er den Besitz ein), Rechte an Sachen, Rechte an Handlungen, Rechte an Personen außer dem Berechtigten, Rechte an Personen, die in den Berechtigten übergegangen sind (z.B. Erbrecht).

204 Hier siedelt Puchta die Frage nach der Methode der Rechtswissenschaft an (vgl. Puchta 1841: 100). Es geht um die Erkenntnis des systematischen Zusammenhangs. Anders als Savigny betont er an dieser Stelle nicht die Tätigkeit der Auslegung als zentrale Methode der Rechtswissenschaft, sondern vielmehr die dogmatische Herleitung von Rechtssätzen über die systematische Kenntnis. Entsprechend ändert er die Interpretationslehre: Gegenüber Savigny betont er die Wortlautgrenze der Auslegung (vgl. Haferkamp 2012: 77). Die Interpretation ist für ihn „in der That nur declaratorisch“ (Puchta 1847: 36). Die Rechtssätze werden zum festen Grund. Systematische Arbeit mit inneren Gründen weist jedoch darüber hinaus – sie ist Produktion (siehe dazu gleich).

kannt werden. Die induktiv vorgehende Begriffsbildung dient zur Einordnung und Erkenntnis, das Begriffssystem macht den Rechtsstoff beherrschbar, indem es Erkenntnisse über den dogmatischen Gehalt, die Natur des Rechts und seine Stellung im Gesamtzusammenhang gibt (vgl. Henkel 2004: 84).

Über die Begriffe lassen sich zugleich die Prinzipien erkennen. Sie seien die Leitlinien, die Rechtsregeln bzw. die Grundsätze des Rechts, die die wertenden Aspekte des Rechts darstellen. Anders formuliert: Nach den Prinzipien, die im positiven Recht ihren Ausdruck finden, kann ein Fall beurteilt werden (vgl. etwa Puchta 1845: 21).²⁰⁵ Auf sie lassen sich die Wirkungszusammenhänge innerhalb der Rechtsinstitute sowie zwischen ihnen zurückführen (Haferkamp 2003: Rn. 55). Daher sei es

Aufgabe der Wissenschaft, die Rechtssätze in ihrem systematischen Zusammenhang, als einander bedingende und von einander abstammende, zu erkennen, um die Genealogie der einzelnen bis zu ihrem Princip hinauf verfolgen, und eben so von den Principien bis zu ihren äußersten Sprossen herabsteigen zu können (Puchta 1841: 36).

Dieser Wirkungszusammenhang zeige sich in den Konsequenzen und Analogien, die sich ausgehend von den Prinzipien aufzeigen ließen und zu den technischen Mitteln der Rechtswissenschaft würden: „Im allgemeinen gelangt man“ zur Erkenntnis des wissenschaftlichen Rechts

durch eine doppelte Operation 1) Erschließung des Rechtssatzes aus den Principien, unter welche der Fall seiner Natur nach gehört (juristische Konsequenz), 2) Nachweisung, daß dieselbe Folgerung auch sonst schon unter gleichen Umständen in dem bestehenden Recht vorkommt (Analogie) (Puchta 1844a: 26).

Während die Begriffe die Anordnungsebene des (vor-)gegebenen Materials betreffen, und damit die rezeptive Seite der Wissenschaft hervorheben,²⁰⁶ erlauben die Prinzipien die produktive Tätigkeit der Rechtswissenschaft.

205 Hier zeigt sich der normative Charakter des Volksgeistes, da die im Rechtssatz niedergeschlagenen Prinzipien Ausdruck der Rechtsestehungslehre sind.

206 Aufgrund dieser „Genealogie der Begriffe“ hat man Puchta als Protagonisten der Begriffsjurisprudenz angesehen (s. hierzu § 3.I.1.1, § 5.I.1.3), wobei manche einer solchen Einordnung vehement widersprechen (siehe etwa Haferkamp 2004; Henkel 2004; Mecke 2008: 763ff. m.w.N.). Ordnet man jedoch den Ausdruck „Genealogie der Begriffe“ in die Debatten zu Puchtas Zeit ein, so wird man auf die logische Ebene der Arten- und Gattungsbildung verwiesen. Puchtas Leipziger Kollege Wilhelm Traugott Krug beschreibt diesen Zusammenhang in sei-

Denn bei der doppelten Operation der Rechtswissenschaft, der juristischen Konsequenz und Analogiebildung,

werden Rechtssätze zum Bewusstseyn gebracht und zu Tage gefördert werden, die in dem Geist des nationellen Rechts verborgen, weder in der unmittelbaren Ueberzeugung der Volksglieder und ihren Handlungen, noch in den Aussprüchen des Gesetzgebers zur Erscheinung gekommen sind, die also erst als Product einer wissenschaftlichen Deduction sichtbar entstehen (Puchta 1841: 36f.).

Die Rechtswissenschaft könne über systematische innere Folgerichtigkeit gemäß der in den Prinzipien vorzufindenden „*ratio iuris*“ die im System verborgenen Rechtssätze erschließen (vgl. Puchta 1847: 51). Die Analogiebildung gewährleiste dabei, dass diese Rechtssätze in das bestehende Recht eingebettet sind, also nicht gänzlich neue Prinzipien eigenständig erschaffen werden. Arbeiten mit „inneren Gründen“ sei in dieser Hinsicht Produktion, oder eben, dem Duktus seiner Zeit entsprechend, Produktion einer Deduktion (Henkel 2004: 86).²⁰⁷

Das ist insofern von entscheidendem Interesse, als sich in dieser Tätigkeit Rückschlüsse auf den Umgang mit ungelösten oder unbekannten Fallkonstellationen ziehen lassen. Denn wie Savigny interessiert Puchta nicht ein Idealbetrieb des Rechts, sondern die Frage, wie man damit umzugehen habe, dass das vorfindliche (römische) Recht voller Ausnahmen, Fehlentwicklungen, Irrtümer, Widersprüche und Missverständnisse ist. Auch erweise sich das in Rechtssätzen festgehaltene Recht angesichts der „unendlichen Mannigfaltigkeit der Fälle“ zwangsläufig als „unzureichend“ (Puchta

nem *Allgemeinen Handwörterbuch der philosophischen Wissenschaften*: „Die Genealogie der Begriffe zeigt nämlich, wie die Begriffe von einander abzuleiten, dergestalt daß ihre Verwandtschaft sowohl in der Unterordnung als in der Beordnung derselben erkannt werde. Dazu dient also die *Generification* und die *Specification*. S. diese Ausdrücke und *Classensystem*. Denn die Artbegriffe stehn neben einander unter den Gattungsbegriffen.“ (Krug 1827: 170).

207 „Neu“ sind die wissenschaftlich gefundenen Rechtssätze allerdings nur insofern, als sie „aus dem bestehenden Recht, in welchem sie als Keime allerdings schon liegen, hervorgetrieben werden“ (Puchta 1837: 15). Volksgeistcharakter und Vernunft, die beiden Seiten des Systems, ermöglichen in ihrem Zusammenspiel die Ergänzung des Rechts aus sich selbst heraus: „Jenes bestehende Recht enthält aber selbst den Keim seiner Ergänzung in sich, durch die Principien, auf denen es beruht, und durch seine vernünftige Natur, die von einem Satz einen Schluß auf einen anderen, daraus mit innerer Nothwendigkeit folgenden zuläßt“ (Puchta 1847: 38). Insofern ist die Wissenschaft „ergänzende Rechtsquelle“ (Puchta 1845: 25).

1847: 38). Der Richter gerate notgedrungen in die Situation, neue, im positiven Recht nicht geregelte Rechtsfälle entscheiden zu müssen. Die rechtstechnischen Mittel beim Vorgehen in solchen Fällen entsprechen den Erkenntnismitteln des Rechts der Wissenschaft, nämlich „Feststellung der Prinzipien, Consequenz aus dieser, und Analogie gleicher Consequenzen, die in dem bestehenden Gewohnheitsrecht und gesetzlichen Recht aus denselben Principien für andere Fälle wirklich schon gemacht sind“ (ebd.: 39).

1.2 Die Korrekturen der juristischen Logik durch den Volksgeist

Puchta betont stärker als Savigny den Erkenntnismangel, der in das epistemische Ding ‚Volksgeist‘ eingelagert ist. Es handelt sich zwar um eine objektiv gegebene Sphäre, zu der ein irgendwie wissenschaftlicher Zugang aber ausgeschlossen ist. Damit stärkt Puchta den Binnenraum des Rechts gegenüber dem unsichtbaren Volksgeist, da es nun dezidiert „innere“ Gründe der Geltung des Rechts gibt. Diese sind der wissenschaftlichen Tätigkeit zugänglich, die an der Vernunftseite des Rechts anschließt. Der Schwerpunkt der rechtswissenschaftlichen Arbeit liegt daher in der logisch-vernünftigen Systembildung über Begriffe und Prinzipien: Diese typisierende und damit systematisierende Begriffsbildung ermöglicht das Herausarbeiten von Prinzipien, die über Konsequenz und Analogie den Systemzusammenhang zeigen. Damit hebt Puchta stärker als Savigny eine im Systemverständnis angelegte Fähigkeit des Rechts zur Selbstergänzung hervor. Das Recht bildet sich selbst fort. Puchta verstärkt die Adressierung des Rechts unter dem Blickwinkel seiner Eigendynamik, die der Jurist in seiner systematischen Arbeit verwirklicht. Das Recht wird autonom auch für die Zukunft, da es den Keim ‚neuen‘, oder besser: weiterführenden Rechts in sich trägt. Was bei Savigny noch wissenschaftliche Rekonstruktion ist, wird nun zur wissenschaftlichen, und d.h. dogmatischen Produktion.

Da jedoch das Recht nichtsdestotrotz Produkt des lebendigen Volksgeistes ist, muss sich die wissenschaftliche Methode dem Gegenstand anpassen: Nur die Rückbindung an den Entstehungszusammenhang ermögliche ein „billige[s] Recht“, d.h. die Anerkennung der Individualitäten und der gegenwärtigen besonderen Verhältnisse, „deren Befriedigung es zur Aufgabe hat“ (Puchta 1841: 19, 23). Die „Form“ des Rechts, das Gleichheitsprinzip, müsse an den „Stoff“, d.h. das gegenwärtige Leben, zurückgebunden werden: „Die Rechtsinstitute sind so zu gestalten, wie sie den bestehenden

individuellen Bedürfnissen entsprechen.“ Darin liege der eigentliche „Beruf der neuen Welt“ (ebd.: 19, 22).

Diese Anbindung ans Leben ist der strategische Einsatzpunkt der Volksgeistlehre in der Rechtsdogmatik Puchtas. Denn auch wenn der Volksgeist als Erkenntnisziel (respektive -gegenstand und -möglichkeit) der Rechtswissenschaft ausgeschlossen wird, kommt ihm im dogmatischen Geschäft der Juristen eine entscheidende Funktion zu: Er korrigiert die logische Seite der Rechtswissenschaft, indem er als eigentlicher Grund des Rechts den Gegenstand geformt hat, und v.a. auch: immer weiter formt. Um den lebenden Organismus erfassen zu können, kann sich die Logik nicht auf formale Vorgaben zurückziehen.

Das gilt auch auf der systematisierenden Ebene der Begriffsbildung, d.h. der „Genealogie der Begriffe“: „[D]arin liegt, daß man diese Leiter nicht als ein bloßes Schema von Definitionen betrachten darf. Jeder dieser Begriffe ist ein lebendiges Wesen, nicht ein todes Werkzeug, das bloß das Empfangene weiter befördert.“ (ebd.: 101f.) Zum einen müsse man die Begriffe immer am geschichtlich-freien Recht überprüfen und sie sodann an das Leben zurückbinden, um einer Verselbständigung des Rechts entgegenzuwirken. Zum anderen könne sich der juristische Syllogismus aufgrund des lebendigen Charakters der Begriffe nicht in einer logisch-formalen Handhabung von Begriffen erschöpfen, sondern stelle immer zugleich Änderungen und Modifikationen dar. Daher erhalten die gefundenen Grundbegriffe nicht den Status von ewigen Wahrheiten, sondern befinden sich immer im Werden. Gleiches gilt für die Prinzipien. Und selbst die rechtstechnischen Mittel der Konsequenz und Analogie werden affiziert: Auch hier sind Spielräume, Durchgriffe auf aktuelle Bedürfnisse und Modifikationen vorgesehen, die die einseitige Herrschaft einer formalen Logik ausschließen (vgl. Henkel 2004: 99ff. m.w.N.).

Vor allem aber relativiert der Volksgeistgedanke die wissenschaftliche Wahrheit: Nur in der Übereinstimmung mit dem Volksgeist kann ein Rechtssatz richtig sein. Die Wissenschaft ist jedoch gar nicht in der Lage, solche „nationellen“ Wahrheiten hervorzubringen (vgl. Haferkamp 2004: 452f.). Wissenschaftlich gewonnene Rechtssätze können dem Gewohnheits- und Gesetzesrecht nicht derogieren. Nicht absolut neues Recht wird gebildet, sondern Lücken im bestehenden Recht werden produktiv aus dem systematischen Zusammenhang heraus gefüllt. Solche wissenschaftliche Wahrheiten haben aber per se einen prekären Status: Denn auch wenn die „wissenschaftliche Wahrheit“ eines Rechtssatzes „die Bedingung seiner Gültigkeit“ ist (Puchta 1845: 26), ist trotz allem ein Durchgriff auf den Rechtsentstehungsgrund, und damit auf Recht als „nationale Wahrheit“ nicht möglich. Logische Gebundenheit hat nur einen relativen Wert.

Über diese aus der Rechtsentstehungslehre resultierende Relativierung bzw. Qualifizierung der juristischen Logik zeigt sich für Puchta die Lebensanbindung der systematischen Tätigkeit des Juristen. Um dem Recht im Werden, dem geschichtlich-freien Recht des Volksgesistes zu entsprechen, muss es sich auch bei ihm um eine lebendige, d.h. flexible Tätigkeit handeln.²⁰⁸ Sie darf sich keinesfalls in mechanischer Deduktion erschöpfen, sondern ist – wie schon bei Savigny – in die Nähe der Kunst zu rücken (vgl. Puchta 1844b: Sp. 13f.). Das Recht wird unter der Frage nach der richtigen wissenschaftlichen Handhabung eines solchen gesellschaftlich produzierten Rechts problematisiert, und die Ebene, auf der dieses Problem angegangen wird, ist die Rechtsdogmatik, die zugleich die Eigenlogik des Rechts, seine produktive Seite, zur Geltung zu bringen vermag.

2. Der „Wert“ der Jurisprudenz für das Leben: Die Konstruktionsjurisprudenz (Rudolph von Jhering)

Diese Problematisierung der Eigenart der rechtsdogmatisch verfahrenen Rechtswissenschaften findet seit den 1840ern eine enorme Aufwertung (unter Abwertung der historischen Forschung, s.o.). Die rechtsdogmatischen Debatten kreisen um die Frage der richtigen Methode angesichts eines Rechts, das als soziales Produkt anzusehen und daher kontingent und v.a. auch gegenwärtig ist. Es häufen sich die Versuche der Romanisten, auf dem Gebiet der Rechtsdogmatik eine neue oder verfeinerte Methode zu

208 Die Flexibilität dieses Systems zeigt sich auch in einem ausgefeilten Regel-Ausnahme-Schema hinsichtlich des Rechtsstoffes (vgl. Haferkamp 2003: Rn. 58): Puchta nimmt ganze Rechtssatzgruppen als Juristengewohnheitsrecht aus dem Systemzusammenhang heraus, so z.B. Form- oder Fristfragen, die kein wissenschaftlichen ‚Recht‘ sind, da sie nicht aus „aus inneren Gründen deducirt werden“ könnten (Puchta 1837: 17); er identifiziert Ausnahmerechte (*ius singulare*) als Zugeständnis an die „Unvollkommenheit menschlicher Dinge überhaupt, welche die vollständige Erreichung jener Idee des reinen Rechts, also die innere Vollendung des Rechts ausschließt“ (Puchta 1841: 93f.); darüber hinaus erkennt er Grundverschiedenheiten im Recht, die aus der Natur von Rechtsinstituten folgen, aber nicht aus einem Rechtsbegriff als oberstes Prinzip des Rechts gefolgert werden können (vgl. Haferkamp 2004: 412f.); und er schließt auch die Möglichkeit der Berücksichtigung von Billigkeitsgesichtspunkten nicht aus (Puchta 1847: 235ff.; vgl. hierzu Henkel 2004). All dies zeitigt aber gleichwohl Konsequenzen, und es lassen sich Rechtssätze aus den Prinzipien ableiten, die erneut angesehen werden als „Mutter von logischen Nothwendigkeiten“ (Puchta 1845: 65).

entwerfen, wobei sie insbesondere Anleihen an Naturwissenschaft und Naturphilosophie zu machen suchen (vgl. Schmid 1848; Beseler 1843; Leist 1854; Kuntze 1855, 1856).²⁰⁹ Der junge Puchta-Schüler Rudolf von Jhering radikalisiert diese Perspektive. Ihm geht es um die spezifische Technizität des Rechts, die ‚Technik des Rechts‘, wie sie sich ausgehend von seiner Entstehung im Volksgeist entwickelt hat.

Jhering bestreitet also nicht Savignys Rechtsentstehungslehre (vgl. Jhering 1854: 25f.). Allerdings wendet er sich gegen den organischen Entwicklungsgedanken, der einen Traditionszusammenhang zwischen Vergangenheit und Gegenwart postuliert. Demgegenüber geht er von einer stufenweisen Entwicklung des Rechts aus. Die Anerkennung solcher verschiedener Stufen ist dabei nicht nur verbunden mit einer Kritik der Rechtsquellenlehre²¹⁰, vielmehr folgt daraus die konsequente Historisierung des Gegenstandes: Die „psychische Organisation“ des Rechtsorganismus, d.h. die „allgemeinen Ideen und Grundanschauungen eines Volks“, sei „zu verschiedenen Zeiten eine verschiedene“.²¹¹ Unterschiedliche Zeiten führten zu unterschiedlichen Verfassungen des objektiven Rechts: „So ist denn der Geist des Volks und der Geist der Zeit auch der Geist des Rechts.“ (Jhering 1852: 34) Wenn es aber verschiedene „Geister“ des Rechts gibt, verliert die Geschichte ihr Beweisprinzip – historische Entwicklung ist zwar gegeben, nicht aber die Genese des heute notwendig Gegebenen durch die Vergangenheit.²¹²

209 Zu Albert Hermann Posts Suche nach dem *Naturgesetz des Rechts* (1867), die repräsentativ für diesen Trend gelten kann, vgl. Kiesow 1997. Zu den Problemen der darin inhärenten rechtswissenschaftlichen Rezeption des Darwinismus vgl. Haferkamp 2011b.

210 Denn für Jhering stellt sich das Gewohnheitsrecht nicht als Überbegriff der verschiedenen Rechtsquellen dar, sondern entspringt der unmittelbaren Volksüberzeugung. Aufgrund der Positivierung des Rechts, d.h. der Gesetzgebung, die zur zunehmenden Ausdifferenzierung und Komplexitätssteigerung des Rechts und damit zur Professionalisierung geführt habe, erweise es sich aber mittlerweile als überholt (Jhering 1854: 26ff.).

211 An anderer Stelle schreibt Jhering, „daß jede Zeit Original und nicht Copie einer andern sein soll, daß jede Zeit einen und denselben historischen Gegenstand unter dem ihr eigenthümlichen Gesichtspunkt betrachten darf und muß, und daß auf diese Weise mit jedem neuen Geschlecht neue Seiten des Gegenstandes sich enthüllen“ (Jhering 1852: 39).

212 Damit ändert sich die Zielrichtung der historischen Forschung: Indem man versucht, das Wesen des römischen Rechts in seiner Zeit zu erfassen (spezialhistorische Untersuchung), wird der Boden dafür bereitet, dessen Einfluss auf die gesamte Entwicklung des Rechts zu eruieren (universalhistorische Betrachtung), um davon ausgehend die Frage nach der legislativen Brauchbarkeit angesichts

Auch wenn die historische Untersuchung damit nicht *ad acta* gelegt wird, wird die dogmatische Betrachtungsweise in ihrer Eigenheit gestärkt (vgl. Jhering 1857: 4f.). Jhering dient die Volksgeistlehre insbesondere zur Begründung des Systemgedankens. Denn das Recht sei als „innerlich zusammenhängendes Produkt der Geschichte“ (Jhering 1852: 13) ein Organismus. Selbst als ein rein geistiges Gebilde (vgl. ebd.: 2) weise es als Organismus „die Eigenschaften eines Naturproduktes“ auf, „also Einheit in der Vielheit, Individualität, Wachstum von innen heraus u.s.w.“ (ebd.: 13). Der innere Zusammenhang, der einheitliche „Geist“ in der Mannigfaltigkeit des Rechtsstoffes, wird auch bei Jhering über die Rechtsentstehungslehre noch vor jeder wissenschaftlichen Behandlung dieses Stoffes gewährleistet. Das System ist damit wie bei Savigny und Puchta keine Ordnung, „die man in die Sache *hinein* bringt, sondern eine solche, die man *heraus*holt“. Denn es sei „gleichbedeutend mit innerer Ordnung der Sache selbst“ (ebd.: 26, H.i.O.). Das System ist daher immer ein ‚inneres System‘ (vgl. auch Schröder 2012: 247ff.).

2.1 Innen und Außen des Rechtsorganismus: Logik und Leben

Als Organismus ist das Recht als Einheit adressierbar. Und nur diese Adressierung als systematische Ganzheit ist sinnvoll. Weil das Recht einen Rechtsorganismus darstellt – und zwar nun, wie oben schon erwähnt, ganz unproblematisch einen „objektiven Organismus der menschlichen Freiheit“ (Jhering 1852: 12)²¹³ –, weil es ein Naturprodukt ist, bedarf es einer „allgemeinen Naturlehre“ des Rechts (ebd.: 10) bzw. einer „naturhistorischen Methode“ (vgl. Jhering 1858: 385ff.). Die Naturwissenschaft dient als Vorbild, allerdings eine organische Naturwissenschaft, die sich nicht mit einer starren, äußeren Natur befasst, sondern mit dem Leben: eine „Natur-

der Bedürfnisse und Zwecke der Gegenwart zu stellen (legislativer Standpunkt, Jhering 1852: 3). Geschichtliche Forschung dient zur Vorbereitung der gegenwärtigen Aufgabe der Rechtswissenschaften. Aber auch Jhering geht es dabei um die Verteidigung des von Verdrängung bedrohten römischen Rechts (ebd.: 2). Allerdings zielt seine Arbeit auf die Erkenntnis des „Wesens des Rechts überhaupt“ (Jhering 1858: 11), das er ausgehend von der „grandiosen Schöpfung“ (Jhering 1852: VIII) des römischen Rechts zu erkennen sucht.

- 213 Der Bezug des Privatrechts auf die individuelle Freiheit zeigt sich bei Jhering schon gänzlich entproblematisiert, letztlich sieht er darin aber auch den spezifischen Geist des römischen Rechts, nämlich „[d]as Prinzip des subjektiven Willens“ als den „Urquell des römischen Rechts“ (Jhering 1852: 103ff.). Zur Debatte um diesen individualisierenden Geist s.o. § 2.III.2.4.

wissenschaft im Elemente des Geistes“ (ebd.: 389). Dieser Bezug der Rechtswissenschaft zur Naturwissenschaft zeigt deutlich: Es geht immer noch um die Wahrheit, d.h. um das „wahre Wesen“ des Rechts (Jhering 1852: 11), das sich nur in seiner Einheit zeigt.

Den Organismusgedanken mit seiner Herkunft aus der Biologie (respektive Medizin, vgl. Herberger 1981), den impliziten Naturalismus der Rechtsentstehungslehre, nimmt Jhering letztlich ernster als Savigny und Puchta. Er mache eine „anatomische“ und eine „physiologische Betrachtung“ erforderlich: „[J]ene hat die Bestandtheile desselben und ihr Ineinandergreifen, also seine Structur, diese die Functionen desselben zum Gegenstand“ (Jhering 1852: 14).²¹⁴ Struktur und eine dem Organismusdenken innewohnende funktionalistische Perspektive²¹⁵ auf das Recht werden zu den Leitgesichtspunkten der Ermittlung des objektiven Rechts – bzw. des schwer zu eruierenden Geistes darin (vgl. ebd.: 35).

Auch Jhering geht das Problem induktiv respektive „empirisch-comparativ[]“ (ebd.: 11) an.²¹⁶ Die Ermittlung der Struktur (Anatomie) kreist dabei ebenfalls um das Verhältnis von Rechtssatz, Lebensverhältnis und Rechtsinstitut. Ausgangspunkt ist der gegebene Stoff, d.h. für Jhering die Rechtssätze, wie sie im positiven Recht vorzufinden sind. Dabei gilt jedoch: Die Rechtssätze in ihrer regelmäßigen Erscheinungsform „wenn – so“ stellen nur „die äußere sichtbare Oberfläche“ des jeweils bestehenden objektiven Rechts dar, sie bleiben „hinter dem Rechte, wie es lebte und lebte, weit zurück“ (ebd.: 25, 15). Wie bei Savigny und Puchta geht es darum, hinter dem Gesetz das Recht zu erkennen (vgl. ebd.: 22).

214 Diese Anlehnung an die biologische Betrachtungsweise handelt Jhering seitens des Savigny-Schülers Adolf Friedrich Rudorff den Vorwurf einer Verwendung der „unsichern, der niedern Naturwissenschaft entlehnten Terminologie“ für die höhere Sprache der Rechtswissenschaft ein (Rudorff 1857: VII). Allerdings schreibt Jhering generell sehr bildreich und bedient sich eines breitgefächerten Metaphernpools. So kommen zum Einsatz etwa: Architektur (Bau und Baustil); Chemie; Sprache und Sprachwissenschaft (Alphabet und Grammatik); Biologie/Medizin (Organismus); Mechanik (Maschine) usw. Auch wenn er von einem zum anderen Metaphernfeld springt, lassen sich bereichsspezifische Leitmetaphoriken ausmachen: bzgl. des verselbständigten Rechts und seiner Funktion die Organismusmetaphorik, die hinsichtlich der internen Analyse der Rechtskörper zur Kombinatorik des Alphabets wechselt; und bzgl. der konstruktiven Seite der Jurisprudenz die Maschinenmetaphorik.

215 So schreibt Jhering: „Der Zweck der Organe liegt in ihren Functionen; die Organe sind vorhanden, damit sie bestimmte Verrichtungen ausüben“ (Jhering 1852: 39).

216 Jhering zielt auf eine „auf dem Wege der Analyse und Vergleichung des Einzelnen zu gewinnenden Naturlehre des Rechts“ (Jhering 1858: XIII.).

Bei Jhering zielt nun die rechtswissenschaftliche Arbeit auf die in den Rechtssätzen liegenden Lebensverhältnisse ab. Denn diese „sind abstrahirt aus einer Betrachtung der Lebensverhältnisse und bestimmt, die denselben innewohnende Natur auszusprechen und sie ihnen zu sichern“ (Jhering 1852: 25). Die rechtlich geregelten Lebensverhältnisse, d.h. die Rechtsverhältnisse, sind wiederum voneinander abhängig. Sie können zu einigen weiten und streng unterscheidbaren ‚Grundformen‘ zusammengefasst werden: zu den Rechtsinstituten, die in Rechtsbegriffe gefasst werden. Diese „bilden gewissermaßen das feste Knochengerippe des Rechts, um das die ganze Substanz desselben sich lagert“ (Jhering 1852: 25).

Auch bei Jhering sind die Rechtsinstitute und damit die Rechtsbegriffe für den systematischen Aufbau des Rechts maßgeblich. Die Erforschung der systematischen Gliederung des Rechts wird zur zentralen Aufgabe der Rechtswissenschaft, d.h. „für das Kleinste wie das Größte die richtige Stelle aufzusuchen“ (ebd.: 26). In dieser Perspektive zeigt sich das Rechtssystem als eine Form der logischen Ordnung, als „logische Gliederung“ von Rechtsinstituten und -begriffen bzw. als „innere Natur des Rechts“ (ebd.: 31). Das „System“ als „innere[] Ordnung der Sache selbst“ zeigt sich in seiner „innere[n] logische[n] Substanz“ (ebd.: 27, 32).

Nur auf dem Weg der logischen Arbeit mit Begriffen könne man zum eigentlichen Verständnis des Rechts gelangen. Allerdings stellt Jhering diese Erkenntnis unter einen Vorbehalt, der aus der Natur des Rechts als Organismus entspringe. Selbst wenn das positive Recht nicht mehr explizit den Volksgeist repräsentiert, so ist – der Rechtsentstehungslehre entsprechend – unter oder innerhalb des oberflächlich und äußerlich gegebenen Rechts der Geist zu ergründen. Denn erst der Geist, d.h. die „psychische Organisation“ des Rechts, stifte die substantielle Einheit in der Struktur eines jeweiligen Rechtssystems: Der Geist als Sitz der „das ganze Recht gleichmäßig gestaltenden und beherrschenden Kräfte“ ist

das Herz des Rechtsorganismus, von dem aus belebend und erwärmend das Blut durch alle Theile strömt und dadurch auf dem allgemeinen logischen Knochensystem des Rechts Fleisch und Haut ansetzt, ihm den individuellen Charakter verleiht, an dem man eben erkennt, daß das Recht diesem Volke und dieser Zeit angehört (Jhering 1852: 34).

Wie bei Puchta erfährt die juristische Logik durch die Bestimmung des Rechts als Produkt des (Volks-)Geistes eine Umdeutung gegenüber rein formallogischen Gesichtspunkten. Dabei gilt immer noch: Der „Geist“ ist nicht direkt zu fassen. Auch er ist durch einen Erkenntnismangel gekennzeichnet: Die innere, treibende Kraft des Geistes

läßt sich nicht unmittelbar erkennen, und es ist ein Nothbehelf, wenn wir zur Erklärung von Wirkungen, die wir sehen, treibende Kräfte, die wir nicht wahrnehmen, supponiren; sie sind Abstractionen, zu denen die Gebrechlichkeit unserer Erkenntniß uns zwingt. In *diesem* Sinne machen wir denn auch im Recht von den Wirkungen den Schluß auf treibende Kräfte; letztere sind eine Abstraction, mittelst deren wir uns im Grunde nur die Wirkungen ins Bewußtsein bringen, die Ursache selbst bleibt eine Hypothese. (Ebd.: 35, H.i.O.)

Recht ist also auch für Jhering das bevorzugte Erkenntnismittel eines Geistes, der zwar objektiv jenseits des Staates existiert, aber weder durch Vernunft noch Logik wissenschaftlich direkt zu fassen ist.²¹⁷

Gegenüber Savigny und Puchta führt Jhering entlang der Organismus-metapher aber noch eine weitere Betrachtungsweise des Rechts ein. Neben der nach innen gerichteten anatomischen Struktur gibt es auch jene – bereits erwähnte – physiologische Seite des Rechts, die nach außen, auf die Umwelt des Rechtsorganismus gerichtet ist. Sie entspringe der Funktion des Rechts im wirklichen Leben, und nur die Kenntnis dieser Funktion führe „zum wahren Verständniß der Anatomie“. Denn „die ganze logische Gliederung des Rechts, und sei sie noch so vollendet“, ist für Jhering letztlich „nur das Sekundäre, das Produkt der Zwecke, denen sie dienen soll“ (ebd.: 40).²¹⁸

Diese „Function des Rechts im allgemeinen besteht nun darin, sich zu verwirklichen. Was sich nicht realisirt, ist kein Recht, und umgekehrt was diese Function ausübt, ist Recht, auch wenn es noch nicht als solches erkannt ist (Gewohnheits Recht).“ (Ebd.: 41) Nur von dieser Seite aus betrachtet könne über den Wert des Rechts entschieden werden (Jhering 1858: 334). Recht muss daher immer in der Wirklichkeit realisierbar und anwendbar sein, es steht unter dem Primat seiner praktischen Brauchbarkeit. Nur diese könne zur Beurteilung dienen – nicht sein geistiger (logi-

217 So schreibt er: „Da nun jener Organismus nicht eine Theorie, ein logisches System, sondern die rechtliche Gestaltung der Wirklichkeit war, so gehört letztere insoweit in den Kreis unserer Darstellung, als eben jene psychische Organisation des Rechts sich an ihr bewährt oder sich aus ihr erklärt, und so dürfte, wenn uns ‚der Geist‘ den Zugang zur materiellen Wirklichkeit zu verschließen scheint, doch die reale Natur ‚des Rechts‘ uns denselben offen halten“ (Jhering 1852: 50).

218 Insofern warnt Jhering eindringlich vor einer Verselbständigung der Logik: „Nichts ist mithin verkehrter, als ein Recht gleich einem philosophischen System bloß von Seiten seines geistigen Gehaltes, seiner logischen Gliederung und Einheit zu beurtheilen“ (ebd.: 39).

scher) Gehalt, bezeichnenderweise aber auch nicht die Gerechtigkeit und die Angemessenheit der materiellen Bestimmungen im Recht.

Daher interessiert Jhering für die rechtswissenschaftliche Arbeit nur die formelle Seite der Praktikabilität, d.h. die „formale Realisierbarkeit“ des Rechts, worunter er die Leichtigkeit und Sicherheit der Anwendbarkeit des abstrakten Rechts auf die konkreten Fälle versteht (Jhering 1852: 42).²¹⁹ Dieses, „der logischen Innerlichkeit der Rechtsbegriffe fremde[] Prinzip“, zwingt dazu, „die Innerlichkeit des Begriffes auf die Außenseite zu verlegen, für die inneren Unterschiede und Begriffe äußere möglichst zutreffende Kriterien aufzusuchen“ (ebd.: 46).²²⁰ Logik und Leben, Binnenperspektive und der auf das Außen gerichtete Wirklichkeitsbezug, treten in ein dialektisches Spannungsverhältnis, und im Organismusbegriff des Rechts sind diese beiden Perspektiven – und ihre dialektische Dynamik – vereint.²²¹

2.2 Die juristische Technik

Jhering nimmt also gerade angesichts des unausweichlichen Lebens- und Wirklichkeitsbezugs des Rechts in der Frage der Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft ihre formale Seite ins Visier, d.h. ihre spezifische Technik. Damit bezieht sich die „juristische Technik“ (Jhering 1858: 334ff.) trotz der in der Formalisierung angelegten Distanz zum alltäglichen Leben in fundamentaler Weise auf die dem Leben zugewandte Seite des Rechts. Sie dient der Verwirklichung des Rechts und ist daher für Jhering eine „reine Frage der Zweckmäßigkeit“ (ebd.: 337). Die Theorie der Technik bereite daher das positive Recht in derjenigen Form auf, in der ihm auf-

219 Ganz im Gegensatz zu seinen späteren Einlassungen zum *Zweck im Recht* (s.u. § 3.I) betrachtet Jhering hier das Recht als ein Mittel der Selbstverwirklichung, die konkreten Zwecke aber erscheinen ihm für die wissenschaftliche Arbeit als Ansatzpunkt gänzlich ungeeignet, erweisen sie sich doch als „etwas höchst unbestimmtes, schwankendes“, das zudem im Institut nicht immer erkennbar ist. Daher gilt für die Wissenschaft: „Wir definieren den Körper [des Rechts, D.S.] also nicht nach dem, was er soll oder was er leistet, sondern nach seiner Structur, seinen anatomischen Momenten“ (Jhering 1858: 392).

220 Hierzu gehören etwa rechtliche Präsumptionen, Fiktionen oder Formen des Rechtsgeschäfts, die sich nicht logisch herleiten lassen, sondern nur durch ihre Praktikabilität erklärbar sind (vgl. Jhering 1852: 46f.).

221 Man kann auch sagen: In Jherings tautologischer Definition (Recht ist, was sich als Recht im wirklichen Leben verwirklicht), werden Selbstbezüglichkeit des Rechts und Lebensbezug vereint.

grund seiner Beschaffenheit ein möglichst sicheres, leichtes und rasches „Verwirklichungsvermögen“ (ebd.: 335) zukomme.²²² Kurz: Sie dient sowohl der Beherrschung des Rechtsstoffs als auch der Anwendbarkeit bzw. Praktikabilität des Rechts. Insofern beschäftigen sich die juristische Technik auch nicht mit den materialen Inhalten des Rechts, sondern mit „Aufgaben, an deren Lösung jedes Recht sich zu versuchen hat“ (ebd.: 323). Im Binnenraum des Rechts zielt sie daher auf allgemeine Wahrheitsaussagen über juristisches Arbeiten, auf eine in jeder Zeit gleichbleibende „mit innerer Nothwendigkeit durch das Recht selbst gesetzte einzige Art und Weise einer sicheren praktischen Beherrschung des Rechts“ (ebd.: 324).²²³

Jhering identifiziert in seiner derart pragmatisch fundierten Theorie der juristischen Technik drei aufeinander aufbauende und miteinander verwobene „Fundamental-Operationen“: die juristische Analyse, die logische Konzentration und die juristische Konstruktion (ebd.: 359ff.). Sie bezeugen in je spezifischer Weise die produktive Seite der Jurisprudenz, worin für Jhering letztlich ihr spezifischer Sinn, nämlich der Lebensbezug, liegt:

Die juristische Analyse bereitet in einem ersten Schritt den Stoff auf, indem sie ihn in seine Einzelteile (Rechtsinstitute und Begriffe) zerlegt. Dadurch, dass man in den einzelnen Rechtsverhältnissen Besonderes (Lokales) und Allgemeines herausschält, lassen sich „einfache Körper“ isolieren (Jhering 1858: 361). Hier wird nicht mehr nur ausgelegt, sondern freigelegt (Seinecke 2013: 257). Im Idealfall kann man dabei die Bestandteile eines „Rechtsalphabets“ herausarbeiten. Die Rechtsverhältnisse stellen sich als Worte dar (Jhering 1858: 360), die in ihre nicht weiter aufzulösenden einfachen Elemente (die Buchstaben) zerlegt werden können. Bereits hier zeige sich der produktive Charakter der Jurisprudenz, eröffnet sich doch damit ein weites Feld der Kombinatorik, in dem die einzelnen Elemente (Buchstaben) sich zu neuen Einheiten (Wörtern) zusammensetzen lassen (Jhering 1858: 372). Das erlaube es, der unerschöpflichen „Combinationskunst des Lebens“ (Jhering 1852: 30) gerecht zu werden und auf neuartige Konstellationen rasch zu reagieren – und das insbesondere auf dem Weg der analogen Ausdehnung (vgl. Jhering 1858: 370ff.; Seinecke 2013: 255ff.).

222 Das Verwirklichungsvermögen stützt sich bei Jhering keinesfalls nur auf solche rechtsimmanenten Gründe. Auch wenn er eine Reihe von äußeren Gründen hierfür nennt, sieht er jedoch die spezifisch juristische Arbeit darauf beschränkt (Jhering 1858: 335f.).

223 Oder, wie Jhering klarstellt: „Das Historische dabei ist nicht sie selbst, sondern das Geschick und Talent, mit dem sie von diesem oder jenem Volk gehandhabt wird“ (ebd.: 324).

Allerdings müsse man in der Analogisierung eine Grenze beachten: Da es sich bei den Rechtsverhältnissen und damit den Instituten und Begriffen um historisch wandelbare Einheiten handle, erweise sich das Alphabet selbst als historisch-kontingent (Jhering 1858: 374f.). Es sei ein „praktisches“, nicht ein abstraktes Rechtsalphabet (ebd.: 375). Jhering spricht also nicht einer „Logik“, einem „absoluten Begriff“ oder einer zeitlos-analytischen „Form“ die Macht über das Recht zu. Es existiert kein letztgültiges Kriterium für die Überprüfung der Richtigkeit des juristischen Schlusses, allein Praxis und Positivität entscheiden letztlich über die Inhalte und Gestaltung des Rechts – allerdings unter Aufsicht der Wissenschaft (Seinecke 2013: 257).

Der zweite Schritt, die logische Konzentration, geht „entgegengesetzte Wege, statt durch Zersetzen durch Verbinden und Zusammendrängen“ (Jhering 1858: 380). Durch die logische Zusammenschau verschiedener Regelungen werde das abstrakte und höher liegende Prinzip gewonnen. Der Stoff wird konzentriert und dadurch leichter handhabbar gemacht. Gleichzeitig lassen sich aus den Prinzipien logische Schlussfolgerungen ziehen – und in diesem Sinne erweise sich auch die logische Konzentration als produktiv. Denn über die Konsequenz wird das Prinzip zu einer „Quelle neuer Rechtssätze“ (ebd.: 382). Aber auch hier gilt: Rechtliche Prinzipien sind nicht zeitlos, und die Wissenschaft kann sich nicht auf logische Gewissheiten gründen.

Zielen die beiden ersten Schritte auf die Aufarbeitung des Stoffs, so stellt der dritte Schritt das eigentliche Charakteristikum und Qualitätsmerkmal der Rechtswissenschaft dar: Die „juristische Construction“ sei „höhere Jurisprudenz“, hier schwinde sie sich auf zur „wahren Kunst und Wissenschaft“ (ebd.: 385, 389).²²⁴ Das liegt an ihrem eigentümlichen Charakter als Naturlehre des Rechts. Stoßen Analyse und Konzentration an die

224 Wie bei Puchta ist dabei eine Abwertung der juristischen Methodenlehre erkennbar: Jhering nennt die Erscheinungsform im Rechtssatz die „niedere Entwicklungsstufe“ des Rechts (Jhering 1852: 25; 1858: 386) und die interpretatorische Tätigkeit der Wissenschaft, die eine solche niedere Stufe zum Gegenstand hat, ist „niedere Jurisprudenz“ (Jhering 1858: 386). So klagt er in seinen Angriffen gegen die „Methode des orthodoxen Romanismus“ deren „Buchstaben-Fanatismus“ (Jhering 1857: 38) an, allenthalben sei ein falscher „Cultus des Wortes“ sowie die „Wortklauberei der Juristen“ (Jhering 1858: 468) vorzufinden. Letztlich stelle die Technik der Interpretation „keine spezifisch juristische Operation“ dar. Darüber hinaus produziere sie „nichts spezifisch Neues“, der Stoff selbst erhalte „durch diese Operation keinen eigenthümlich juristischen Charakter“, sondern lege die Quellen nur „auseinander“ (ebd.: 386). Dogmatik ist jedoch etwas anderes als Interpretation. Letztere ist zwar die notwendige Vorstufe (Jhering

Grenze der historischen Kontingenz des Stoffes, so wird nun die vitalistische Eigenschaft des Stoffes selbst zum Gegenstand der Untersuchung. Denn die Rechtsinstitute und -begriffe sind in dieser Perspektive nicht mehr primär Typus, sondern „juristische Körper“ mit individuellem Sein und Leben (ebd.: 390ff.). Die Rechtssätze streifen nach Jhering ihre imperative Form ab und „und verflüchtigen sich zu Elementen und Qualitäten der Rechtsinstitute“ bzw. zu „Rechtsbegriffen“. Es trete ein Substanzwandel auf: Die Rechtssätze erreichen einen „höheren Aggregatzustand“ (Jhering 1852: 26, 27; 1858: 346). Und dies sei die spezifische Wirkung der systematischen Bearbeitung des Rechts durch die Rechtswissenschaft, die reflexiv auf ihren Gegenstand zurückwirke: Es werde „dadurch nicht bloß wie bei jeder andern Wissenschaft das einzelne an seine richtige Stelle gebracht“, sondern es zeige sich, „daß dieser formale Prozeß eine materielle Rückwirkung auf den Stoff ausübt, daß mit letzterem, nämlich den Rechtssätzen, eine innere Umwandlung vor sich geht“ (Jhering 1852: 26).

Die Rechtsinstitute sind für Jhering lebendige Wesen, d.h. lebendige Körper. Dies führe zur Notwendigkeit der begrifflichen Erfassung des Rechts. Denn als Begriff gefasst enthalte das Rechtsinstitut „die logische Quintessenz des Körpers, seinen innersten Kern oder Individualitätspunkt“. Im Begriff liege „die ganze Kraft des Körpers beschlossen“ (Jhering 1858: 390).²²⁵ Nicht in der Arbeit mit den Rechtssätzen, sondern in der Arbeit mit den Begriffen als Inbegriffe der Rechtskörper entwickle die Jurisprudenz also ihre spezifische Technizität.²²⁶

An diese Betrachtung als Körper schließt sich für Jhering an

mit Nothwendigkeit [...] die Frage nach seiner Natur, Beschaffenheit, Bestimmung, seinen Kräften, Eigenschaften, seiner Aehnlichkeit und Verschiedenheit von andern Körpern, den Verbindungen, die er mit ihnen eingehen, oder den Conflicten, in die er mit ihnen gerathen kann (ebd.: 389).

1857: 7f.; 1858: 387), aber – selbst als logisch-intuitive Interpretation (vgl. Seinecke 2013: 249ff.) – primär rezeptiv und daher nicht zu Höherem bestimmt.

225 Für Jhering gilt: „Die Angabe dessen, was der Körper ist, ist gleichbedeutend mit dem Begriff desselben, der Begriff ‚begrift‘ d. h. ergreift ihn in seiner Wesenheit, er ‚definirt‘ ihn d. h. gränzt ihn von andern ab, gibt ihm ein logisches ‚Für sich sein‘“ (Jhering 1858: 390).

226 Das unterscheidet die Tätigkeit der Jurisprudenz auch fundamental vom Umgang der Laien mit dem Recht. Technizität bezeichnet für Jhering insofern einen spezifischen professionellen bzw. wissenschaftlichen Umgang mit dem Recht – und letztlich scheint auch nur diese Professionalisierung dem Recht gerecht werden zu können (vgl. etwa ebd.: 321f. u.ö.).

Auf diese Weise wird das System als spezifische Form des Rechts freigelegt, und das heißt zugleich für Jhering: der organische und damit lebendige Charakter des Rechts. Die Wissenschaft „construiert und baut“ das System, d.h. den Rechtsorganismus bzw. -körper (ebd.: 400). Denn in der Analyse der lebendigen Kraft der Rechtskörper wird die lebendige Kraft im Recht – diese innere, stillwirkende Kraft im Rechtsorganismus – in seinem Formprinzip selbst freigelegt.

Eine derart verfahrenende Rechtswissenschaft zeigt (und verwirklicht) die Eigendynamik des Rechts, das sich im Bezug auf sich selbst angesichts eines sich immer wandelnden Lebens zur Geltung bringt. Nun gilt: „Durch Combination der verschiedenen Elemente kann die Wissenschaft neue Begriffe und Rechtssätze bilden; die Begriffe sind productiv, sie paaren sich und zeugen neue.“ (Jhering 1852: 29) Bei Jhering wird das Recht nun vollends autonom, mit eigenen Kräften ausgestattet und von sich selbst aus zur Verwirklichung drängend. Und die Wissenschaft des Rechts als juristische Konstruktion wird zu einer Kunst, diese Kraft freizulegen und damit freizusetzen.²²⁷ Die Bestimmung des Rechts als Produkt des Volksgeistes relativiert damit auch bei Jhering die formal-logische Seite der Rechtswissenschaft. Der Vitalismus im Organismusgedanken macht die rechtswissenschaftliche Tätigkeit zu einem ‚vitalen‘ Geschäft: Sie wird „zu einer Kunst, die den Stoff künstlerisch bildet, gestaltet, ihm Leben einhaucht — zu einer Wissenschaft, die trotz des Positiven in ihrem Gegenstande sich als Naturwissenschaft im Elemente des Geistes bezeichnen läßt“ (Jhering 1858: 389).

In dieser Konstruktion des Systems liegt zugleich ihr praktischer Wert, d.h. die funktionale Seite des Rechts. Denn „das System ist die praktisch vortheilhafteste Form des positiv gegebenen Stoffs; und: es ist die Quelle neuen Stoffs“ (ebd.: 409). Es sei die praktikabelste Form, da das Recht in einer Gesamtschau erfasst werde, und zwar im Ganzen unter gleichzeitiger Beachtung seiner differenten Einzelteile (der Körper). Das Recht wird also weder atomistisch zersplittert, noch als undifferenzierte Einheit betrachtet. Damit sei die Betrachtung als System nicht nur „die bequemste, weil kürzeste, concentrirteste Form des Stoffs“, sondern ebenso „die ergiebigste,

227 Jhering nennt hierbei drei Gesetze der „kunstgerechten Gestaltung des juristischen Körpers“: das Gesetz der Deckung des positiven Stoffs; das Gesetz des Nichtwiderspruchs oder der systematischen Einheit; sowie das Gesetz der juristischen Schönheit. Hierfür wird ein ganzer „Constructionsapparat“ in Anschlag gebracht, womit Jhering die juristischen Techniken wie Scheingeschäfte, Fiktionen, künstliche Erweiterungen natürlicher Begriffe usw. fasst (Jhering 1858: 398ff.).

durchsichtigste“. Auf diese Weise werde letztlich „die ganze Fülle seines Inhalts zu Tage gefördert“ (ebd.: 410). Als System betrachtet gewinnt die Beschäftigung mit dem Recht an Geschwindigkeit, Sicherheit und Leichtigkeit.

Diese Form, das System, entfaltet bei Jhering ein Eigenleben, sie wird zur „unversiegbaren Quelle“ neuen Stoffs (ebd.: 412). Die Logik der Kombinatorik des Rechtsalphabets, die Konsequenz der Rechtsprinzipien und die „juristische Speculation“ (ebd.) ermöglichen es, gänzlich Neues zu schaffen. Das erweist sich für Jhering aus zwei Gründen als einzig richtiger Weg der Jurisprudenz: Die produktive Seite des juristischen Denkens und Arbeitens ist ihm zufolge schlicht ein unausweichliches Faktum: „[J]ede Jurisprudenz produziert, selbst wenn sie sich dessen nicht bewußt ist oder wohl gar in der Theorie sich das Recht dazu abspricht“ (ebd.: 413). Darüber hinaus nötigt die Kombinatorik des praktischen Lebens das Recht dazu, sich beständig produktiv zu ergänzen (ebd.). Nur ein flexibles und produktives System könne dem beständigen Wandel des alltäglichen Lebens gerecht werden. Indem die Jurisprudenz in ihrer wissenschaftlichen Handhabung die Mittel hierfür bereitstelle, throne sie über der Gesetzgebung. Der Gesetzgeber liefere nur das Material. Konstruktion und Bau des Rechts fallen demgegenüber der Jurisprudenz zu (vgl. Seinecke 2013: 260).

Die Verwirklichung des Rechts im praktischen Leben gewährleiste zugleich, dass es zu keiner Verselbstständigung der gedanklichen Konstruktionen des Rechtswissenschaftlers komme: „Denn die praktische Natur der Welt, in die er sich versetzt findet, lenkt ihn immer wieder zu den realen Dingen zurück.“ Und nur diese praktische Gewalt vermag – entsprechend der Überlegungen zur physiologischen Betrachtung des Rechts – über den „wahren Werth“ der Dogmatik zu entscheiden (Jhering 1858: 414). Die Technik des Rechts steht im Dienst des Lebens, wo sie geformt wird und sich beweisen muss. Die Eigenart der Rechtswissenschaft bestimmt zugleich ihren spezifischen Wert: Nicht mehr Rekonstruktion oder Produktion, sondern selbstbewusste Konstruktion wird zum Schlagwort einer solchen Rechtswissenschaft, die nun selbst eine lebendige Kraft im Dienste des Lebens darstellt.

3. Rechtsdogmatik und Leben

Die überwiegend rechtstheoretisch geführte Problematisierung des Rechts in seinem Verhältnis zum Leben wird auf rechtsdogmatischer Ebene in eine Problematisierung der Eigenart und des spezifischen Werts der rechtswissenschaftlichen Arbeit angesichts eines immer „lebenden Rechts“ über-

führt. Im Vordergrund steht die Frage nach der spezifisch wissenschaftlichen Handhabung eines Gegenstandes, der sich aufgrund seiner Herkunft aus der unabhängigen Sozialsphäre zwar nicht als willkürlich, jedoch als historisch-kontingent erweist.

Das Recht wird in den rechtsdogmatisch-methodischen Debatten dabei zunehmend autonom gesetzt: Der Binnenraum des Rechtsorganismus wird vom Außen geschieden; die innere Autorität des Rechts von äußeren Einflüssen gesondert; und v.a. die Kraft der Weiterentwicklung des Rechts ins Recht selbst verlagert, das zu seiner Selbstverwirklichung drängt. Trotzdem erscheint das Recht an das Leben zurückgebunden. Denn die Verwirklichung des lebenden Charakters des Rechts erfolgt hier nicht über die Konfrontation des Rechts mit der gesellschaftlichen Wirklichkeit, sondern über den Konnex von Rechtstheorie und Rechtsdogmatik, wie ihn schon Savigny statuiert: Die Volksgeistlehre bestimmt entsprechend der Abbild- und Repräsentationsidee das Rechtssystem nun selbst als organische, lebendige Einheit, die dem Recht schon vor jeglicher wissenschaftlichen Behandlung inhärent ist. Der lebendige Charakter des Rechts zeigt sich im System des Rechts selbst. Und nur wenn man dieses System richtig erkennt bzw. konstruiert, kann man folglich zur lebendigen Seite des Rechts vordringen.

Der Bezug des Rechts zum Leben wird hier unter Abwertung der historischen Perspektive durch die rechtsdogmatische Arbeit erkennbar. Die systematische Arbeit am Recht wird aufgewertet, und eine zunehmende Formalisierung findet statt, die die juristische Begriffsbildung für die Systembildung in ihrer spezifischen Technizität und Logizität in den Mittelpunkt rückt. Die Rechtswissenschaft ist hierin der Wahrheit verpflichtet – allerdings unter dem Vorbehalt einer Relativierung und Korrektur der wissenschaftlichen Logik und Wahrheit durch den Volksgeistgedanken.

Dabei begrenzt sich die wissenschaftliche Arbeit nicht (mehr) auf eine rekonstruierende Tätigkeit. Denn über die Bestimmung des Systems wird der wahre Charakter des Rechts als lebendiger Organismus freigelegt. „Innere Kraft“, „organisches Prinzip“ oder „inneres System“ werden zu Schlagwörtern, um die Eigendynamik des Rechts als sich wandelnde, aber sehr wohl definierte organische Einheit fassen zu können. Wenn die Jurisprudenz diese Kraft in ihrer systematischen Arbeit freilegt, dann wird sie produktiv bzw. konstruktiv. Es geht um ein Erkennen im Sinne von Schöpfen, weil dieses Erkennen die schöpferische Kraft nicht nur freilegt, sondern zugleich verwirklicht, indem sie etwas Neues zutage fördert. Die Jurisprudenz wirkt auf den Stoff zurück, indem sie ihre Kompetenz in Bezug auf das Recht selbst erweitert.

Darin liegt ihr spezifischer Wert für das Leben des Volkes. Nur eine Rechtswissenschaft, die sich dieser lebendigen Seite des Rechts zuwendet, die selbst ein flexibles, wandelbares System entwirft (konstruiert), vermag angesichts eines sich im ständigen Wandel befindlichen Lebens „billiges Recht“ (Puchta) bzw. „praktikables Recht“ (Jhering) zu finden. Die zentrale Figur eines solchen organischen Rechts ist daher der dogmatisch arbeitende Rechtswissenschaftler, der allein in der Lage ist, die organische Kraft des Rechts zutage zu fördern. Nur er vermag es, das Repräsentationsproblem im „lebenden Recht“ zu lösen, da nur er in seiner systematisch-wissenschaftlichen Arbeit den Lebensbezug erkennen und v.a. verwirklichen kann.

Die Verwirklichung des Lebensbezugs ist das eigentliche Problem, auf das man aus rechtsdogmatischer Sicht im „lebenden Recht“ stößt und das die spezifische Technik ‚Rechtswissenschaft‘ zu lösen hat – und die Lösung wird in der konstruktiv verfahrenen Jurisprudenz gesehen. Denn auch wenn Jhering mit seiner Naturlehre des Rechts eine Version einer autonomen und selbstbewussten Rechtswissenschaft liefert, die in ihrer Radikalität und Wortwahl auf viel Kritik stößt, so wird die juristische Konstruktion zu einem „methodischen Dogma innerhalb einer intensiv gepflegten allgemeinen Rechtlehre [...], zu welcher Beiträge nicht nur von der engeren Zivilistik, sondern von der Prozeßrechtslehre, dem Staatsrecht und dem Strafrecht und auch der Rechtsgeschichte her geliefert“ werden (Gagnér 1975: 295, m.w.N.). Mit dem Schlagwort der „Construction“ gelangt die Rechtswissenschaft zum Selbstbewusstsein ihres autonomen Daseins über die einzelnen Rechtsschulen hinweg. Hierin wird ihre spezifische Eigenart gesehen – und zugleich ihr besonderer Wert, wird darin doch der notwendige Lebensbezug des Rechts erblickt: Die Rechtswissenschaft allein vermag es, das Recht lebendig zu halten.

V. Das epistemische Dispositiv der Repräsentation

In der Rechtsentstehungslehre der Historischen Rechtsschule wird das Recht vergesellschaftet: Es erscheint nun als das Produkt eines Volkgeistes, der als Synonym für eine von Staat und Vernunft unabhängige Sozialsphäre den Bezug des Rechts zum gesellschaftlichen Leben in den Vordergrund stellt. Mit der erfolgreichen Ausbreitung und der weitverbreiteten Diskussion dieser Lehre erscheint Recht im Diskurs der Privatrechtswissenschaften nun als „lebendes Recht“, ein historisch-kontingentes Produkt, das sich der direkten Steuerung und Regulierung entzieht. Indem über die Anerkennung der Volkgeistlehre – auch im Feld der Gegnerschaft – der Bezug

des Rechts zur vorausgesetzten gesellschaftlichen Wirklichkeit problematisiert wird, wird in den Privatrechtswissenschaften ein neuer Wirklichkeits- und Wissensbezug generiert. Denn *vice versa* tritt nun der Volksgeist respektive die Gesellschaft als epistemisches Ding der Rechtswissenschaften in Erscheinung – zwar vage und verschwommen, in seinem mystischen und spirituellen Charakter beständig kritisiert, aber nichtsdestotrotz als Gegenstand, um den die Debatten kreisen und der darin systematisch gefestigt und hervorgebracht wird.

1. *Recht und Repräsentation*

Der Diskurs der Privatrechtswissenschaften bis in die 1860er Jahre formiert sich im epistemischen Dispositiv der Repräsentation: Das Problem der richtigen, möglichen und erwünschten Repräsentation der Sozialsphäre im Recht steht im Zentrum und wird zur vorherrschenden Problematisierungsform der Rechtswissenschaft. Dabei zeigt sich, dass diese Problematisierungsform gerade in der Rechtsdogmatik zu überzeugen vermag: Wenn Recht als gesellschaftliches Produkt gefasst wird, so hat das direkte Auswirkungen auf die rechtswissenschaftlichen Techniken. Über den Repräsentationsgedanken wird das Recht in seinem organischen, systematischen Charakter bestimmt, dem die Jurisprudenz mit der Konstruktion eines dynamischen, flexiblen Rechtssystems zu entsprechen hat. Hierin liegt ihre spezifische Technik begründet, und daraus folgt ihre herausgehobene Position in der Gesellschaft. Denn nur sie vermag die lebendige Kraft der Gesellschaft im Recht freizulegen und zu verwirklichen. Die Rechtsdogmatik garantiert den Lebensbezug des Rechts – kann dies aber nur vor dem Hintergrund der Plausibilität des Repräsentationsgedankens.

Damit wird die Rechtswissenschaft der Wahrheit verpflichtet, darin besteht die strategische Kraft des epistemischen Dispositivs der Repräsentation. Wissenschaftliche Arbeit zeigt sich daran, das „wahre Recht“, die Wahrheit des Volksgeistes im Recht und die rechtliche Wahrheit zu erkennen. Die Normativität des Rechts, die im Grunde nicht bestritten, sondern als Tatsache anerkannt wird, wird dementsprechend nicht zu einem strategischen Problem der Rechtswissenschaft – insbesondere vor dem Hintergrund des Rückzugs der naturrechtlich-rechtsphilosophischen Kritik an der Historischen Rechtsschule.

2. Recht und Politik

Die Rechtsentstehungslehre entzieht das Recht dem Zugriff von Philosophie und insbesondere Politik. Die drohende Kodifikation ist der Notstand, auf den Savigny mit der Volksgeistlehre reagiert. Sie wird abgewendet, wird doch damit das Recht dem autonomen Zugriff der Gesetzgebung entzogen. Savigny reinigt das Privatrecht von politischen Einflüssen, der politische Streit wird in einen wissenschaftlichen umgedeutet – und genau darin besteht sein strategisches Argument. Als Produkt des Volksgeistes erscheint das Recht politisch neutral.

Allerdings lässt sich dieses Argument selbst wieder politisch aufladen. Angesichts der Objektivität des Volksgeistes erscheint es möglich, das Volk im Volksgeist nun als politischen Akteur zu fassen. Bereits im Jahr 1815 hat der erbitterte Gegner Savignys im Kodifikationsstreit Nicolaus Thaddäus Gönner vor dieser Möglichkeit der strategischen Wiederaufladung gewarnt, als er die umstürzlerischen Tendenzen der Volksgeistlehre ankreidet, werde doch der Rechtsgewohnheit des Volkes die Rechtsetzungsbefugnis zugesprochen (vgl. Gönner 1815: 189f.). Und in der Tat wird dem Volk von verschiedenen Seiten der Status als tatsächlicher politischer Akteur zugeschrieben, sei es als Forderung, sei es als Vorwurf.²²⁸

Savigny, aber mehr noch Puchta widersprechen schon früh vehement einer solchen politischen Aufladung (vgl. Mecke 2008: 159ff.), indem sie die „stete, oft unbewußte Verwechslung der ganz verschiedenen Begriffe, die mit dem gemeinsamen Namen Volk bezeichnet werden“ (Savigny 1840a: 30), ankreiden. Das Volk, von dem sie sprechen, sei keine Bezeichnung für die Untertanen (vgl. Puchta 1828: 151; Savigny 1840b: 30), ge-

228 Dies zeigt sich z.B. in den Debatten über Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Straf- und Zivilprozesse (vgl. die Nachweise all der namhaften Beteiligten bei Rückert 1974: 249ff.). Die Rechtsentstehungslehre öffnet sich über solche politischen Fassungen des Volksbegriffs damit den v.a. naturrechtlich inspirierten liberalen Forderungen nach Beteiligung des Volkes als politischer Akteur. Daneben ermöglicht die Volksgeistlehre aber ebenso die völkischen Bestimmung des Volkes – wie etwa über ein Germanentum im „germanischen Recht“, das das „fremde Recht“ der Römer abzuwehren sucht. Dieser Interpretation der Volksgeistlehre entspricht der heutige Streit darüber, inwiefern die Historische Rechtsschule die nationalsozialistische Rechtsentwicklung begünstigt habe – oder eben nicht (vgl. hierzu exemplarisch etwa Rückert 1986). Zur nationalsozialistischen Rechtslehre und Rechtspraktik im Privatrecht ist nach wie vor die Untersuchung von Bernd Rüthers grundlegend (Rüthers 2005).

schweige denn ein politischer Akteur.²²⁹ Es handle sich auch nicht um das „gemeine“ Volk (Puchta 1844b: Sp. 16f.) oder gar den „Pöbel“ (Puchta 1837: 233). V.a. sei es auch kein reiner Sammelbegriff für die Menge der Individuen, und lasse sich daher auch nicht über Mehrheitsmeinungen oder in alltäglichen Äußerungen entdecken (ebd.: 65; Savigny 1840a: 30). Entgegen dieser „Begriffsverwirrungen“ (Puchta 1844b: Sp. 28) bestehen Savigny und Puchta darauf, das „Volk im natürlichen Sinn“ (Puchta 1828: 137) zu verstehen bzw. als „Naturganze[s] [...], bey welchem von Wahl und Willkühr nicht die Rede seyn kann“ (Savigny 1840a: 30). Es wird als unpolitisches, natürliches und daher objektives Objekt betrachtet, dessen Eigenschaften und Entwicklungsgesetze nicht künstlich, d.h. willkürlich, hervorgebracht werden. Der Politisierung dieser Sphäre wird ihre Naturalisierung entgegengehalten, der staatlichen Sphäre wird eine unabhängige Sphäre entgegengesetzt.

Die Versuche der Verteidigung eines solchen natürlichen, und das heißt: unpolitischen, Volksbegriffs ändern jedoch nichts daran, dass die politischen Implikationen der Volksgeistlehre im Diskurs der Privatrechtswissenschaften immer wieder zur Debatte stehen.²³⁰ Seine eigentliche Wirkung entfaltet die Volksgeistlehre jedoch im Bereich der Rechtsdogmatik – nämlich über den Konnex der Ebene der Rechtstheorie in Form der Rechtsentstehungslehre mit derjenigen der Rechtsdogmatik und -methodik. Hier zeigt die Volksgeistlehre ihre dominante Wirkung, und hier wird das Recht zu einem selbständigen Gegenstand erhoben, deren Handhabung der politischen Entscheidung entzogen ist. Die Privatrechtswissenschaft beansprucht im Repräsentations-Dispositiv gegenüber Gesetzgebung, Justiz und Philosophie ihre Autonomie, gerade weil sie es schafft, die Rechtsquellenlehre in direkter Beziehung und Nachbarschaft zur Rechtsdogmatik zu stellen. Hier erscheint der Rechtsdogmatiker als zentraler Akteur, der den Lebensbezug des Rechts in seiner systematischen Arbeit verwirklicht. Mittels der Hinwendung zum Volksgeist wird also primär ein wissenschaftliches, nicht ein politisches Problem gelöst. Und

229 So gilt für Puchta: „[D]as Volk in der natürlichen Bedeutung kann keinen Beschluss fassen, weder ausdrücklich noch stillschweigend“ (Puchta 1828: 151).

230 Siehe hierzu auch die Debatten um das Volksrecht und den politischen Geist im Recht (s.o. § 2.III.2). Diese Versuche ändern im Übrigen nichts daran, dass die Lehre, die explizit nur für das Privatrecht, und gerade nicht für das Staatsrecht entwickelt wurde, in ihren allgemeinen Aussagen über die Natur des ‚reinen Rechts‘ anschlussfähig für das Öffentliche Recht wird; zur Rückübertragung dieses politisch gereinigten Denkens auf das Öffentliche Recht vgl. insbesondere Wilhelm 1958.

selbst wenn – wie in der Debatte um römisch-liberales und germanisch-soziales Recht – über die politischen Implikationen gestritten wird, so geht es nicht darum, das Recht etwa durch neue Gesetzgebung zu ändern, sondern dasjenige Recht zu bestimmen, auf das man sich legitimer Weise berufen muss. Damit wird selbst in diesem Streit das Recht nicht dem ändernden politischen Zugriff ausgesetzt.²³¹

3. Die Entdeckung der Gesellschaft im Recht

Der Volksgeist verliert in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts in den Auseinandersetzungen der Privatrechtswissenschaften zusehends seine mystische, vergangenheitsorientierte Bestimmung. Das entspricht einem Wandel in der Begriffswahl: Um die Mitte des 19. Jahrhunderts wird in den Debatten anstelle von „Volk“, „Volksgeist“ oder „Volksüberzeugung“ (nicht nur seitens des Naturrechts) immer öfter von „Gesellschaft“ bzw. „bürgerlicher Gesellschaft“ (vgl. etwa Kuntze 1855: 193), „Gesellschaftsordnung“ (Röder 1855: 60), „sociale[m] Lebenskreis“ oder „menschliche[r] Gesellschaft“ (vgl. etwa Beseler 1847: 20, 231) gesprochen. Die Objektivität des Volksgeistes wandelt sich immer mehr zur Objektivität der Gesellschaft. Das ermöglicht eine zweite strategische Wiederauffüllung der Volksgeistlehre: die Entwicklung einer eigenständigen Gesellschaftslehre.²³²

Dieser Weg ist deutlich bei dem Staatswissenschaftler (und Hegelianer) Lorenz von Stein zu erkennen, der mit seiner dreibändigen *Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich* aus dem Jahr 1850 zu den ersten im deutschsprachigen Raum gehört, die einen systematischen Entwurf einer „Wissenschaft der Gesellschaft“ (Stein 1850: XII) vorlegen.²³³ Denn dieser Entwurf beruht unter anderem auf der Auseinandersetzung mit der Rechtsentstehungslehre der Historischen Rechtsschule (vgl. Takii 2014).

231 Diese Debatte ist ein Beispiel dafür, dass sehr wohl über die politischen Implikationen der Rechtswissenschaft gestritten wird, diese aber zugleich jenseits des politischen Zugriffs stattfindet.

232 Das gilt letztlich m.E. auch für den Weg in die Volkskunde, und so verwundert es nicht, dass Jakob Grimm, einer der Begründer der Volkskunde im 19. Jahrhundert, glühender Anhänger von Savigny war (vgl. zu Grimm und Savigny Schuler 1963).

233 Stein wird zumeist als Hegelianer betrachtet. Selten, aber doch immer wieder weist man auf den zentralen Einfluss der Historischen Rechtsschule bzw. Savignys hin (vgl. Nitzschke 1932: 116ff., hieran anschließend Takii 2014). Zu Lorenz von Stein vgl. Grünfeld 1908; Koslowski 2005; Blasius 2007.

Insbesondere die Rechtsgeschichte, wie sie in der Historischen Rechtsschule betrieben wird, bildet anfangs einen Schwerpunkt von Steins Tätigkeit (vgl. etwa Stein 1839; 1841a; 1846) – und zwar mit einer Begründung, die einerseits deutlich an Savignys Schema erinnert, andererseits aber bereits den Weg zur Gesellschaftslehre ankündigt: „Das geltende Recht ist aber seinem Wesen nach nur die Erscheinung des Volksbewußtseins über das Recht“. Daher sei es „vergeblich, den Volkswillen durch Gesetze zwingen zu wollen“ (Stein 1842b: 278, 280). Insofern betont Stein den „Schatz“ der deutschen Jurisprudenz, nämlich „das einzige Volk der Welt“ zu sein, „das die Geschichte seines Rechts sich zur Wissenschaft erhoben hat“ (Stein 1846: VIIf.). Daran gelte es anzuschließen (vgl. auch Stein 1839). Denn auch Stein will vordringen zur „innere[n] Lebenskraft“, die sowohl zu erklären vermag, wie das Rechts entstanden ist, als auch, wie es sich entwickelt. Denn „jener ewig schöpferische Drang des Werdens, ein selbstständiges Lebendiges und Thätiges zu erzwingen, lebt auch in den Bewegungen des Rechts“ (ebd.: VIII).

Gegenüber Savigny ist Stein jedoch mehr auf das ‚individuelle Ganze‘ des Rechts gerade in seiner Verbindung zum je individuellen Volksleben aus (vgl. ebd.). Davon ausgehend wählt er nicht den Weg der Einfühlung, sondern denjenigen der Vergleichung: Über den Vergleich der differenten Erscheinungen des Rechts versucht er – den hegelianischen Prämissen folgend – der inneren Kraft im Recht, dem „ewig Lebendigen“, näher zu kommen. Sein Weg führt über die Rechtsvergleichung der empirisch ermittelbaren historisch differenten Formen des Volksbewusstseins verschiedener Länder (vgl. Stein 1841a; 1846).

Damit verbunden ist eine grundlegende, v.a. auch auf die logischen Mängel und historisch schlichtweg falschen Behauptungen eingehende Kritik an Savignys *System* (Stein 1841b). Stein wendet sich nicht nur gegen die Verankerung des heutigen Volksrechts im römischen Recht und die These seiner Repräsentation durch den Juristenstand, was ihn in die Nähe der germanistischen Kritik führt (vgl. auch Stein 1845b, 1845a).²³⁴ Besonders kritisiert er Savignys Hinwendung zum System des Rechts, d.h. zur

234 So schreibt er eine grundlegende Kritik an dem Begriff des „heutigen römischen Rechts“, der „weder an sich ein wissenschaftlicher, noch in seiner Ausführung ein praktisch brauchbarer ist“ (Stein 1841b: 383). Dabei stellt er unter anderem auf die Reduktion des Rechtsbegriffs auf das Privatrecht ab, die dazu führt, dass sowohl germanische als auch öffentlich-rechtliche Institute außen vor bleiben. Von Hegel kommend, der das Recht an den Staat bindet, zeigt sich für den Staatswissenschaftler Stein das gesellschaftliche Problem des Rechts nicht allein auf das Privatrecht beschränkt. Mehr noch: Das eigentliche gesellschaftliche

Rechtsdogmatik, um zu der inneren, organischen Kraft vorzudringen. Dies erscheint Stein als gänzlich „unbrauchbare Wissenschaft“, führe sie doch – der bekannten, v.a. im Junghegelianismus prominenten Kritik folgend – zur Entfremdung von Theorie und Praxis als „das wirkliche Leben des Rechts“ (Stein 1841b: 383, H.i.O.). Savigny habe es versäumt, „die Wirklichkeit und ihr wissenschaftliches wie praktisches Bedürfnis ins Auge“ (ebd.) zu fassen, und hierin – in der quasi wissenschaftlich implementierten Verkennung der Forderungen der Gegenwart – liege der grundlegende Mangel der Theorie der Historischen Rechtsschule.

Stein als ein Theoretiker des Vormärzes kreidet angesichts der „Bedürfnisse der Gegenwart“ den quietistischen Zug der Historischen Rechtsschule an. In seinem Plädoyer für die Kodifikation – und zwar explizit als Vertreter der philosophischen Schule (Stein 1845b: 187) – versucht er eine Verbindung zwischen philosophischer und historischer Schule herzustellen: Er fordert ein Herauswachsen des neuen Rechts aus den Eigentümlichkeiten des deutschen Volkes und der gegenwärtigen historisch-gesellschaftlichen Situation (vgl. Nitzschke 1932: 124).²³⁵ Damit sei die Wissenschaft des Rechts dem Blick auf diese kulturellen und sozialen Bedingungen verpflichtet (vgl. a. Stein 1856: 226ff.).

Dieser Blick wird in Auseinandersetzung mit dem französischen frühsozialistisch-gesellschaftswissenschaftlichen Denken geschult. Gleichsam zeigt sich aber auch deutlich, wie sehr die 1842 schon angedeutete, dann Anfang der 1850er Jahre systematisch ausgearbeitete „Wissenschaft der Gesellschaft“ die Bedürfnisse nach einer Theorie erfüllt, die die Mängel der Historischen Rechtsschule zu überwinden sucht.²³⁶ Die unabhängige Sozialsphäre, nun „Gesellschaft“ genannt, zeigt sich als die gesuchte treibende Kraft „hinter der bisher bekannten Welt und ihrer Ordnung“ (Stein 1850: XI). Sie gelte es mit den Mitteln der Wissenschaft direkt in den Blick zu nehmen, wolle man die Entwicklungen – auch des Rechts – verstehen. Es ist die Entdeckung dieses Gegenstandes, die sich Stein auf die Fahne

Recht, das der Ungleichheit in der Gesellschaft entspringt, ist Teil des öffentlichen Rechts, und nicht des auf Gleichheit basierenden Privatrechts (vgl. Grünfeld 1908: 44f.).

- 235 Mit diesem Versuch steht er nicht allein, vgl. die Verweise auf ähnlich gelagerte Ansätze von Seeger, Droysen, Kierulff und Warnkönig bei Nitzschke 1932: 124f.
- 236 1842 veröffentlichte Stein seine Untersuchung über den *Socialismus und Communismus des heutigen Frankreichs*, in der er meines Wissens nach erstmals eine selbstständige Gesellschaftswissenschaft fordert (Stein 1842a: V). Die dreibändige *Geschichte der socialen Bewegung* (1850) sieht er als überarbeitete und erweiterte Neuauflage dieser Studie an.

schreibt: „[D]ie Erkenntniß des menschlichen Lebens hat in jenen Erscheinungen ein neues Gebiet gefunden, und dasselbe mit einem alten Namen bezeichnet. Es ist dies die *Gesellschaft*, ihr Begriff, ihre Elemente und ihre Bewegungen.“ (Ebd.: Xlf., H.i.O.)

Die Gesellschaft ist nun auch bei Stein ein großartiger Organismus aus Kräften und Elementen (ebd.). Selbstständigkeit, innerer notwendiger Zusammenhang und Lebendigkeit sind wie bei Savigny seine Eigenschaften. Damit ist noch nichts Neues gesagt. Doch wird diese Sphäre aus der Dunkelheit herausgeholt. Denn Gesellschaft wird als eigentlicher Motor der Rechtsentwicklung direkt unter die Lupe genommen. Die Aufgabe der Wissenschaft von der Gesellschaft sieht Stein darin, die unendliche Mannigfaltigkeit von organischen Beziehungen und Kreuzungen auf die großen Grundbegriffe und Kategorien zurückzuführen, die in der Natur der einzelnen Elemente liegen sowie die Gesetze zu bestimmen, welche durch diese Natur für die Bewegungen der Gesellschaft gegeben sind (Grünfeld 1910: 39).²³⁷

Zur selbstständigen Analyse dieser Sphäre rücken für Stein, geprägt durch eine Auseinandersetzung mit dem Hegelianismus und dem französischen Sozialismus und Kommunismus, andere Kriterien in den Blick. Durch die Verbindung mit dem Staat und die Rückbindung an materielle Grundlagen (Arbeit und Eigentum) – und damit letztlich auch an die aufkommende „soziale Frage“ – ändern sich die Bestimmungen der Struktur des Organismus:

Die Gemeinschaft der Menschen, die in der Persönlichkeit des Staats die organische Einheit ihres *Willens* findet, hat in jener Ordnung eine eben so feste, eben so großartige, eben so mächtige organische Einheit ihres *Lebens*; und diese organische Einheit des menschlichen Lebens, durch die Vertheilung der Güter bedingt, durch den Organismus der Arbeit geregelt, durch das System der Bedürfnisse in Bewegung gesetzt und durch die Familie und ihr Recht an bestimmte Geschlechter dau-

237 Dafür spielt der organische Systembegriff mitsamt seinem Erkenntniswert eine zentrale Rolle: „Ich habe zuerst ein wirkliches System angestrebt; ich habe versucht, alsdann dieß System als einen Organismus von Begriffen und Gesetzen hinzustellen; ich habe endlich die letzte Einheit in einem einfachen Begriffe und Gegensätze zu finden gesucht. Mir schien es zuerst nothwendig für die ungemeyne Masse staatswissenschaftlicher Thatsachen, die sich sammelt, die systematische Gestalt zu finden, in der jedes Einzelne seinen rechten Platz habe; denn dieser rechte Platz ist in Wahrheit nicht die richtige Anordnung, sondern die organische Bestimmung jedes Einzelnen“ (Stein 1852: IX).

ernd gebunden, ist die *menschliche Gesellschaft*. (Stein 1850: XXVIII, H.i.O.)

Der Weg führt über die Suche nach der treibenden Kraft in der Rechtsentwicklung zur Gesellschaft bzw. von der Problematisierung des Verhältnisses des Rechts zur vorausgesetzten unabhängigen Sozialsphäre als seines Produktionsortes zur Entdeckung einer eigenständigen Wissenschaft der Gesellschaft. Denn wenn das Recht einer solchen vorausgesetzten Sozialsphäre entspringe, dann müsse man diese Sphäre selbst zum Gegenstand der Untersuchung machen.

Damit handelt es sich um die Kehrseite der Volksgeistlehre. Obwohl Stein Transformationen und Veränderungen im Blickwechsel vornimmt, bleibt es auch vor dem Hintergrund der Tatsache, dass auch er die Gesellschaft als Organismus fasst, die Kehrseite. Denn was bei Savigny und seinen Schülern dem wissenschaftlichen Blick entzogen ist und zu einer Verlagerung auf die Untersuchung des Rechtsorganismus führt, wird nun als Gesellschaftsorganismus direkt anvisiert und anvisierbar. In der Gesellschaftslehre wird die Gesellschaft nun als zentrales Objekt der Wissenschaft platziert.²³⁸

Lorenz von Stein zeigt einen Weg auf, die Rechtswissenschaft auf genuin rechtswissenschaftliche Weise in ihren Fundamenten anzugreifen, was nicht zuletzt die Debatten um die Platzierung der Gesellschaftslehre im System der Staatswissenschaften zeigen. Unabhängig von der Tatsache, dass es sich hier um einen Diskurs in den Staatswissenschaften handelt, und auch jenseits des Umstandes, dass Steins Gesellschaftslehre durch Treitschkes Kritik nachhaltig diskreditiert wird (Treitschke 1859), findet Steins Gesellschaftslehre keinen nennenswerten Widerhall in den Privatrechtswissenschaften – und das trotz der Vergegenwärtigung des Volksgeistes in der kritischen Auseinandersetzung mit der Historischen Rechtsschule. Eine Privatrechtswissenschaft unter der Ägide der

238 Der Naturrechtler Heinrich Ahrens und der Staatswissenschaftler Robert von Mohl entwickelten ihre Forderungen nach einer Gesellschaftslehre ebenfalls aus einer Kritik der Historischen Rechtsschule heraus (vgl. Ahrens 1852: XI; Mohl 1855: 258). Auch sie bleiben dabei dem Organismusbild verhaftet. Aber selbst wenn sie ihre Gesellschaftslehre deutlicher als von Stein zur Analyse des Rechtsorganismus bzw. der Rechtsordnung heranziehen, muss man letzterem m.E. die Eigenheit zusprechen, die Gesellschaftslehre als Konsequenz der Volksgeistlehre entwickelt zu haben. Anders formuliert: Mir geht es nicht um die Behauptung, dass alle Gesellschaftslehren im Schema der Historischen Rechtsschule gründen, sehr wohl aber darum zu zeigen, wie dieses Denken in eine Gesellschaftslehre münden kann und historisch gesehen zu solchen Ansätzen führte.

Gesellschaftswissenschaft, eine Soziologisierung des Privatrechts, wird erst später gefordert – unter veränderten Problemlagen und kaum in Bezug auf Steins Überlegungen (vgl. § 5). Der Blick auf die Gesellschaft vermag Mitte des 19. Jahrhunderts das epistemische Dispositiv der Repräsentation, auf dem Rechtstheorie, Dogmatik und Methodik beruhen, aber noch nicht seine Wirkmacht anzugreifen.

§ 3. Auf dem Weg zur Entdeckung des Rechts der Gesellschaft: Jherings Zweckdenken im Recht

Das epistemische Dispositiv der Repräsentation wird erst durch das Zweckdenken des Rechts herausgefordert, zu dessen herausragenden Protagonisten Jhering mit seinem Spätwerk zählt.²³⁹ Seine Hinwendung zur Analyse des *Zwecks im Recht* stößt in den Privatrechtswissenschaften zwar zunächst auf große Ablehnung (§ 3). Gleichsam lässt sich in den Debatten um die Kodifikation des BGBs eine Umstellung des Diskurses der Privatrechtswissenschaft auf das Zweckdenken nachzeichnen, indem die gesellschaftliche Funktion als Zweck des Rechts in den Vordergrund gerückt wird (hierzu gleich § 4). Dieses gesellschaftsfunktionale Zweckdispositiv wird in der Folge jedoch die Rechtswissenschaft vor Probleme stellen; es mündet letztlich in die Forderung einer Soziologisierung der Rechtswissenschaft. Dieser Angriff auf die Autonomie der Rechtswissenschaft wird in den Debatten über die juristische Methode mittels der Betonung des teleologischen Moments im Recht abgewehrt. Es bildet sich das normative Zweckdispositiv heraus, das die Rechtswissenschaft gegen die Soziologie erfolgreich zu immunisieren vermag (hierzu § 5).

I. Rudolph von Jherings Entdeckung des „Rechts der Gesellschaft“

Jhering bleibt in seiner Arbeit nicht bei einer rechtsdogmatischen Naturlehre des Rechts stehen. Vielmehr entwickelt er in seinen späteren Studien eine Kritik an der Historischen Rechtsschule, die bis zu einer radikalen Vergesellschaftung des Rechts führt – und das unter dem Schlagwort des „Zwecks im Recht“. Damit geht es nun nicht mehr um die Gesellschaft im Recht, sondern um das „Recht der Gesellschaft“.

239 Zur Problematik des Zweckdenkens in den Rechtswissenschaften vgl. die Studie von Wischmeyer 2015, die ebenfalls auf Jhering als zentrale Figur rekurriert. Im Unterschied zu Wischmeyer, der den ambivalenten Bedeutungsgehalt des jeweils verwendeten Zweckbegriffs untersucht, geht es mir im Folgenden um die jeweils historischen Problematisierungen der Rechtswissenschaft durch den Zweck (in seiner Ambivalenz).

1. *L'urgence: Die Ungerechtigkeit der juristischen Konstruktion*

Im Winter 1858 liegt Jhering als Gutachter seiner Fakultät ein Fall *in concreto* vor, den er in seinen theoretischen Abhandlungen bereits 14 Jahre zuvor behandelt hatte: „Kann der Verkäufer, welcher Mehren hinter einander abgesondert dieselbe Sache verkauft hat, im Fall ihres casuellen Untergangs von jedem der Käufer den Kaufpreis fordern?“ (Jhering 1859: 450)

Im Jahr 1844 hatte Jhering diesen Fall über die Anwendung der Gefährtragungsregelung bei Paulus im römischen Recht gelöst.²⁴⁰ Danach trägt der Käufer ab Vertragsschluss die Gefahr des zufälligen Untergangs der Kaufsache. Geht die Sache noch vor Lieferung ohne Verschulden des Verkäufers unter, erhält dieser den Kaufpreis. Paulus wendet – so die damalige Interpretation – diesen Satz auch für den Fall an, dass die Sache vor ihrem Untergang zweimal verkauft wurde. Dem folgend vertrat Jhering in den 1840er Jahren noch die Ansicht, dass der Verkäufer zweimal den Kaufpreis erhalte – selbst wenn er in seinem „Bestreben, die Äußerungen des Paulus [...] zu rechtfertigen, sowie den behandelten Stoff auf ein einfaches Princip zurückzuführen“, die „rigoristische Consequenz“ dieser Interpretation einräumte (Jhering 1844: 86).²⁴¹

1858 kann Jhering mit diesem Ergebnis nicht mehr leben. Wortgewandt beschreibt er die „Gemüthsauflregung“, in die ihn die konkrete Entscheidungssituation versetze und die ihm seine „theoretische[n] Verirrungen“ vor Augen führe (Jhering 1859: 451). Denn

[m]eine eigene, von der dabei interessirten Partei in Bezug genommene Ansicht zur Anwendung zu bringen, dagegen lehnte sich Alles, was von Rechtsgefühl und juristischem Takt in mir war, auf's Entschiedenste auf, und andererseits konnte ich doch Wochen lang keinen Ausweg finden, bei dem sich mein juristisches Gewissen hätte beruhigen mögen (ebd.).

Das Pferd wird damit sozusagen von hinten aufgezümt: Das Ergebnis, dass der Verkäufer durch doppelte Kaufpreiszahlung nicht ungerechtfertigter Weise bereichert werde, bestimmt die Aufgabe, würde doch jede ande-

240 Vgl. Paulus quaestionum D 18, 4, 21 (s. hierzu Behrends 1987).

241 Dies führte Jhering letztlich dazu, „meinem Princip zu Liebe Consequenzen zu-gegeben zu haben“, zu denen sich die römischen Juristen „in ihrem Billigkeitsgefühl nicht verstanden haben würden“ (Jhering 1844: 86).

re Lösung nach Jhering dem Rechtsgefühl in eklatanter Weise widersprechen.

Den gesuchten Ausweg findet Jhering in der Bestimmung des Sinns der römischen Gefahrtragungsregelung: Der Zweck der Kaufpreiszahlung im Falle des Untergangs der Sache stelle eine gesetzlich zugesicherte „Versicherungssumme“ dar (ebd.: 473). Die Grenze der Haftung der Käufer ist hierbei für Jhering „das Interesse des Gegners“, d.h. des Verkäufers, „darüber hinaus, also wo die Haftung in eine reine Bereicherung des Gegners ausarten würde, erstreckt sie sich nicht“ (ebd.: 484). Damit wendet er sich gegen die wörtlichen Auslegungen der Quellen, hätten diese es doch vielfach versäumt, „ihren eigentlichen Grund und Zweck näher anzugeben, und daß es unsere Aufgabe ist, ihn aufzusuchen und darnach den wirklichen Sinn des Rechtssatzes gegenüber einer vielleicht zu weiten oder engen Fassung festzustellen“ (ebd.: 480). Mittels einer „restrictiven Interpretation“ (ebd.: 481) aus Gründen des praktischen Resultats gilt ihm, „*daß die Haftung des Käufers für die Gefahr nur die Schuldloshaltung des Verkäufers bezweckt*“ (ebd.: 484 f., H.i.O.). Da in dieser Perspektive nun bereits mit der Zahlung eines Kaufpreises der versicherte Schaden getilgt sei, entfalle jede weitere.²⁴²

1.1 Kritik am Wert der juristischen Konstruktion

Jhering macht hier drei Leitmotive geltend, die ihn in der Folge zunehmend beschäftigen werden: Zum einen zieht er die proklamierte Leistungsfähigkeit der juristischen Konstruktion, die die dogmatisch arbeitende Rechtswissenschaft zum Leitstern in der Rechtsentwicklung macht, radikal in Zweifel. In seinen in den Jahren 1861 bis 1863 in der *Preußischen* (bzw. später *Deutschen*) *Gerichtszeitung* anonym veröffentlichten *Vertraulichen Briefen eines Romanisten. Von einem Unbekannten* überzieht er die „civilistische Konstruktion“, diese „neue civilistische Mode“, mit beißendem Spott: „[S]o wenig wie eine Dame heutzutage ohne Krinoline zu erscheinen wagt, so wenig ein moderner Civilist ohne Konstruktion“ (Jhering 2009a [1861]: 7).²⁴³ Er karikiert die lebensfremden, unverständlichen, bar

242 Zu der Entwicklung dieser Kritik bereits in Jherings früheren Schriften vgl. Mecke 2008a: 157ff.; 2010.

243 Jherings satirische Briefe stießen auf große Resonanz und wurden bald nachgeahmt (vgl. Jhering 2009f [1866]: 97). Auch wenn er versucht, seine Urhebererschaft über Angriffe auf sich selbst sowie einem fiktivem Lebenslauf des Verfassers zu verbergen, gelingt ihm dies nur bedingt.

jeglicher praktischer Anwendbarkeit vorgenommenen rein wissenschaftlich-theoretischen Konstruktionen und Spekulationen (vgl. Jhering 2009a [1861], 2009b [1861]).²⁴⁴ Schuld an dieser Misere sei neben institutionellen Entwicklungen die Historische Rechtsschule, die die Jurisprudenz „zwar dem Quellenstudium mehr zugeführt, der Praxis aber mehr entfremdet hat“ (Jhering 2009c [1862]: 39).²⁴⁵ Dies zeige sich nicht zuletzt am Straucheln der Theorien angesichts der Praxis, wenn nämlich anhand von Lehrsätzen aus geläufigen Pandektenlehrbüchern und romanistischen Monographien einfache Fälle des täglichen Lebens entschieden werden sollen. Die derart erzielten Ergebnisse erwiesen sich durchwegs als praxisfern, -untauglich oder lachhaft, wenn sie nicht gar unsägliches Unheil anrichteten (s.a. Jhering 2009d [1863]). Genüsslich entfaltet Jhering eine „Galerie juristischer Mißgeburten, ein pathologisch-juristisches Kabinet“ zur „allgemeinen Abschreckung“ (Jhering 2009f [1866]: 102).²⁴⁶ Es soll die Gefahren einer entfremdeten Theorie im „Himmel“ vor Augen führen, die es versäume, „auf die Erde hinab[zu]steigen“ (ebd.: 101).²⁴⁷ Letztlich gilt für Jhering, dass man „erst den Glauben an die Theorie vollständig verloren haben muss, um ohne Gefahr sich ihrer bedienen zu können“ (Jhering 2009c [1862]: 54).

Was Jhering ankreidet, ist nicht die theoretische Arbeit an sich, sondern eine vereinseitigte juristische Theorie, welche vergesse, dass es sich bei der Rechtswissenschaft um eine „praktische Wissenschaft“ (Jhering 2009e [1863]: 79) handele und welche daher die Praktikabilität der juristischen Konstruktion aus den Augen verliere (vgl. Klemann 1991: 132). Im dritten Teil seines *Geistes* radikalisiert er diese Kritik: Sie beruhe auf einem „Götzencultus des Logischen“, der in Puchta seinen „namhaftesten Repräsen-

244 Dabei bleibt fasst niemand verschont, egal ob Naturrechtler, Hegelianer oder der Historischen Rechtsschule verpflichtet: Jhering wirft sie alle in einen Topf und spottet in den beiden ersten Briefen über Helmolt, Fitting, Samhaber, Windscheid, Puchta, Böcking, Bekker, Rudorff, Röder, van Vangerow, Schnabel, Girtanner, Elvers, Kierulff, Bachofen, W. Sell, Gans, Hegel, Huschke und Lasalle – und eben auch über sich selbst.

245 Daher auch der verhalten wohlwollende bis teils sehr kritische Nachruf auf Savigny (vgl. Jhering 1861). Zu den institutionellen Rahmenbedingungen einer der Praxis entfremdenden universitären Lehre bzw. der wissenschaftlichen Lehrproduktion vgl. Jhering 2009e [1863], 2009f [1866].

246 Eine Fortsetzung der Kritik solcher den Standpunkt der Praktikabilität ignorierenden „civilistischen Mißschöpfungen“ (Jhering 1873: 319) folgt im Jahr 1873 in der Abhandlung *Kritisches und Exegetisches Allerlei*.

247 Die Praxis der gerichtlichen Entscheidung bleibt ebenso wenig verschont von seiner Kritik (vgl. Jhering 2009f [1866]: 101f.).

tantan“ (Jhering 1865: 301) gefunden habe.²⁴⁸ Dieser „Irrwahn [...], der die Jurisprudenz zu einer Mathematik des Rechts hinaufzuschrauben gedenkt, ist eine Verirrung und beruht auf einer Verkennung des Wesens des Rechts“ (ebd.: 302). Dieses erkenne man nur, wenn man zu den Momenten vordringe, „denen ein Rechtssatz wirklich seinen Ursprung verdankt“ (ebd.: 303).

In dieser Kritik geht es also weiterhin zentral um die Rechtsentstehungslehre, d.h. um den Ursprung des Rechts. Jhering sucht diesen wie die Historische Rechtsschule ebenfalls im Geistigen – aber nicht im Geist des geschichtlich notwendigen Traditionszusammenhangs, der jedes Recht zwangsläufig an das römische Recht rückbindet und *vice versa* allem Neuen, was sich nicht in den römisch-rechtlichen Quellen verorten lässt, das „Stigma des Unjuristischen“ aufpräge (ebd.: 302). In diesem Zwang der Rückbindung an römisch-rechtliche Quellen erkennt er vielmehr eine Form des Positivismus, die „dem Positiven den Nimbus des Logischen“ (ebd.: 299f.) verleihe. Das ‚Recht der Wissenschaft‘ ist in Jherings Augen jedoch gerade nicht produktiv. Vielmehr führe es in einer Art „logische[n] Selbsttäuschung von den wahren Quellen, in denen die letzten Gründe der Rechtssätze zu suchen, und damit vom wahren Verständniß des Rechts überhaupt“ (ebd.: 300) weg. Jhering macht demgegenüber geltend: „Das Leben ist nicht der Begriffe, sondern die Begriffe sind des Lebens wegen da. Nicht was die Logik, sondern was das Leben, der Verkehr, das Rechtsgefühl postuliert, hat zu geschehen, möge es logisch nothwendig oder unmöglich sein.“ (Ebd.: 302f.)

1.2 Auf der Suche nach dem wahren Ursprung des Rechts

Jhering sucht die wahren Quellen des Rechts also im Leben, im Verkehr und im Rechtsgefühl. Dabei rückt nun das zweite Leitmotiv seiner Abhandlung zum Doppelkauf in den Vordergrund: Die Hinwendung zu Zweck und Interesse. In scharfer Abkehr von jeglicher Theorie des Rechts, die es im Willen begründet, gilt für Jhering nun: „Die Rechte sind nicht dazu da, um die Idee des abstracten ‚Rechtswillens‘ zu verwirklichen, sondern um den Interessen, Bedürfnissen, Zwecken des Verkehrs zu dienen.“

248 Zur Einbettung dieser scharfen Kritik in die romanistischen Diskussionen über Puchtas Vorgehen seit den 1860er Jahre vgl. Haferkamp 2004: 48ff.

(Jhering 1865: 316)²⁴⁹ Die „bewegende Kraft“, jene Kraft der Rechtsentwicklung, die die Historische Rechtsschule über das organische Systemverständnis zu eruieren sucht, könne sich nur über das „praktische Verständnis“ (ebd.) des Rechts in einer funktionalen Betrachtungsweise offenbaren. Legte Jhering dabei in seiner naturhistorischen Methode im Rahmen der funktionalen, physiologischen Betrachtung den Fokus auf das formale, d.h. das technische Moment, weitet er nun den Funktionsbegriff auch auf die materielle bzw. substantielle Seite des Rechts aus. Denn das praktische Verständnis bringe nun zwei Seiten des Rechts ans Licht:

Zwei Momente sind es, die den Begriff des Rechts constituiren, ein substantielles, in dem der praktische Zweck desselben liegt, nämlich der Nutzen, Vorthail, Gewinn, der durch das Recht gewährleistet werden soll, und ein formales, welches sich zu jenem Zweck bloß als Mittel verhält, nämlich der Rechtsschutz, die Klage. (Ebd.: 316f.)

In Verbindung dieser beiden Elemente gelte dann: „Rechte sind rechtlich geschützte Interessen.“ (Ebd.: 317)²⁵⁰

249 Die Kritik des Willensdogmas führt Jhering zu einer Kritik des subjektiven Rechts, das zur Durchsetzung der eigenen Willensmacht auf Kosten anderer berechtige: „Wohin dies im Verkehr führen muß, leuchtet ein. Ungehemmt und unbeschränkt kann die Saat der Unfreiheit ausgestreut werden, kann das Unkraut drückender, für den Verkehr wie für das berechnete Individuum völlig werthloser Beschränkungen wuchern; unter der falschen Freiheit geht die wahre zu Grunde, und der Wille gräbt sich sein eigenes Grab.“ (Jhering 1865: 315) Dies kommt einer marxistischen Kritik des Privatrechts als Unterdrückungsverhältnis nahe. Zur positiven marxistischen Rezeption des „gewandelten“ Jhering vgl. Losano 1984: 157ff.; Klenner 1992; zur Frage nach der geistigen Verwandtschaft von Marx und Jhering s. Viehweg 1970.

250 In einer späteren Auflage des *Geistes* schreibt Jhering: „Kein Recht ist seiner selbst wegen oder des Willens wegen da, jedes Recht findet seine Zweckbestimmung und seine Rechtfertigung darin, daß es das Dasein oder Wohlbefinden fördert, kurz in dem Nutzen [...]. Nicht der Wille oder die Macht bildet die Substanz des Rechts sondern der Nutzen [...].“ (Jhering 1888: 350) So enthält jedes Recht nach Jhering „den Ausdruck eines vom Gesetzgeber nach dem Standpunkt seiner Zeit für schutzfähig und für schutzbedürftig anerkannten Interesses“, die „sämmlich einem ersten Zweck des Verkehrs oder einem gerechtfertigten ethischen Interesse“ entsprechen (Jhering 1865: 320). Insofern ändert sich der „Interessenmaßstab mit der wirtschaftlichen, geistigen und socialen Entwicklung des Volks“ (ebd.: 321). Hier liegen die „realen Mächte des Lebens“ (ebd.: 300).

Jhering verlässt die Volksgeistlehre nicht gänzlich; er vertritt weder einen Rechtspositivismus²⁵¹, noch will er sich in den abstrakten Spekulationen der Vernunft verlieren. Auch gelte nach wie vor: „Es muss zugegeben werden, dass auch das Recht ganz wie die Sprache eine unabsichtliche und unbewusste, nennen wir sie mit dem hergebrachten Ausdruck: organische Entwicklung von Innen heraus kennt.“ (Jhering 2003 [1872]: 8) Daneben trete aber die Gesetzgebung, und in dieser politisch umkämpften Form der Hervorbringung des Rechts zeige sich sein wahrer Charakter: Recht sei das Ergebnis von Interessenkämpfen. Es sei immer umkämpft und könne sich v.a. nur durch den beständigen Kampf weiterentwickeln: „Das Recht ist Kampf“ bzw. „[a]lles Recht in der Welt ist erstritten worden“ (ebd.: 5). Das sei die „rauhe[] Wirklichkeit des Rechts“, seine „realistische[] Seite als Machtbegriff“ (ebd.: 7), wie Jhering in seinem berühmten, in 16 Sprachen übersetzten Vortrag *Der Kampf um's Recht* aus dem Jahr 1872 ausführt.

Was Jhering bestreitet, ist damit nicht die Herkunft des Rechts aus einer unabhängigen Sozialsphäre. Ebenso wenig steht ihr Charakter als geistige Wertsphäre zur Debatte. Was er bestreitet, ist die Idee des harmonischen Aufbaus und der Entwicklung dieser Sphäre, wie er sie in der „Savigny-Puchtasche[n] Theorie von der Entstehung des Rechts“ erkennt, die das Recht dem politischen Kampf entzieht. Ihr zufolge

geht die Bildung des Rechts ebenso unvermerkt und schmerzlos vor sich wie die der Sprache, es bedarf keines Ringens, Kämpfens, ja nicht einmal des Suchens, sondern es ist die still wirkende Kraft der Wahrheit, welche ohne gewaltsame Anstrengung langsam, aber sicher sich Bahn bricht, die Macht der Überzeugung, der sich allmählich die Gemüter erschließen, und der sich durch ihr Handeln Ausdruck geben – ein neuer Rechtssatz tritt eben so mühelos ins Dasein wie irgendeine Regel der Sprache (ebd.: 8).

Jhering betont demgegenüber den antagonistischen Charakter dieser Sphäre. Sie sei ein „chaotisches Getriebe menschlicher Zwecke, Bestrebungen,

251 Auch wenn man in Jherings Hinwendung zum positiv gesetzten Recht einen Positivismus erkennen mag (vgl. etwa Hippel 1951), hat er nur polemische Worte für den Rechtspositivismus übrig: Er sei der „Todfeind der Jurisprudenz“ als Wissenschaft, da er nur das „Zählen“, „Excerptieren[] und Compilieren[]“ (Jhering 1998 [1868]: 52) kenne. Mehr noch: Es werde die „Flucht aus dem eigenen Denken“ angetreten, eine „Selbstdahingabe an das Gesetz als willenloses Werkzeug“. Dies zu bekämpfen ist Jherings Ziel: „[D]arum stehe ich hier, das ist und soll meine Aufgabe sein, solange ich hier wirke.“ (Ebd.: 54f.).

Interessen“ (ebd.: 10f.). Das Recht befinde sich innerhalb dieses Chaos – und hier kämen ihm nun spezifische Aufgaben zu: Es sichere die „feste Ordnung des Verkehrslebens“ und verteidige die „unerlässliche Ordnung des Gemeinwesens“ (ebd.: 27, 28). Denn Recht werde nicht nur über das gemeinschaftliche Handeln der Individuen hervorgebracht, sondern wirke als Teil der „politischen Pädagogik“ (ebd.: 34) auch auf die Individuen ein.²⁵²

Damit habe das Recht ein Ziel: den Frieden. Ein solches Recht wäre das ideale Recht als „Verwirklichung der Rechtsidee“. Das Mittel dazu sei jedoch der Kampf. Kurz: Das Recht diene dazu, Interessen zu verwirklichen, auf individueller Ebene, aber auch das „Interesse der Gesellschaft“ (ebd.: 28). Hierin liege seine Funktion innerhalb der Gesellschaft, es sichere die gesellschaftliche Ordnung. Und daher sei das Recht ein „Zweckbegriff“ (ebd.: 10).

Während Savigny und seine Mitstreiter aufgrund des Harmoniegedankens im Recht die Repräsentation des Volksgeistes erkennen, sieht Jhering im Recht ein Mittel, das innerhalb dieses Ganzen bestimmte Funktionen erfüllt. Und während erstere die Entstehung des Rechts in der Vergangenheit verorten und die Rechtsentwicklung den Juristen anheimstellen, erfolgt sie nach letzterem beständig und alltäglich im „Kampf um's Recht“ – und das bedeutet: unter Berücksichtigung der Gesetzgebung und des individuellen Kampfes um das eigene Recht. Der Motor der Rechtsentwicklung sei nicht die Rechtswissenschaft (respektive der durch sie vermittelte Bildungsstand), sondern der alltägliche Kampf um die Behauptung des Rechts. Damit erfährt die Sozialsphäre eine Vergegenwärtigung und Aufwertung, die die Gegenwart gegenüber der Vergangenheit privilegiert.

1.3 Das Ringen um Gerechtigkeit

Hier schließt nun das dritte Motiv aus dem Problem des Doppelkaufs an: Die Frage nach der Gerechtigkeit. Aus dem Zweckgedanken lasse sich ableiten, dass das Recht nicht nur eine Vergangenheit, sondern auch eine Ge-

252 Nicht das Recht entstehe aus dem Rechtsgefühl (was nach Jhering in der Historischen Rechtsschule fälschlicherweise „Rechtsbewusstsein“ bzw. „rechtliche Überzeugung“ genannt werde, vgl. Jhering 2003 [1872]: 23), sondern das Recht erzeuge das Rechtsgefühl (Jhering 1877: XIII; vgl. auch später 1884b). Zur Debatte steht letztlich die vergesellschaftende Funktion des Rechts, und im Privatrecht sieht Jhering den Ort, wo die Vergesellschaftung der Individuen im alltäglichen Leben vonstattengeht (vgl. Jhering 2003 [1872]: 32f.).

genwart habe. Diese bilde den Maßstab für eine gerechte oder „unrichtige“ Gerichtsentscheidung. Und in ihr seien die Gründe zu suchen, dem herrschenden Trend in der Romanistik die Bedürfnisse des Lebens und des Verkehrs entgegenzuhalten.

Das Recht habe aber auch eine Zukunft: die „Idee des Rechts“, in der Gerechtigkeit und Gewalt sich die Waage halten (vgl. Jhering 2003 [1872]: 5). Daher müsse man das Recht – wie Jhering in einem später eingefügten Schlussteil seines *Kampfes* ausführt – auch normativ verstehen: „[D]ie Ethik hat uns Aufschluss darüber zu geben, was dem Wesen des Rechts entspricht oder widerspricht“ (Jhering 1992 [1874]: 151).²⁵³ In der Entwicklung des Rechts könne es aufgrund von Jherings Rechtsentstehungslehre jedoch keinen Endpunkt geben. Denn da es sich beim Recht um ein historisch-kontingentes, dem Traditionszusammenhang enthobenes Produkt handele, wie er schon im ersten Teil seines *Geistes* geltend macht, lasse sich das ideale Recht letztlich nicht in der Zeit fixieren. Vielmehr gelte: „[D]ie Idee des Rechts ist ewiges Werden“ (Jhering 2003 [1872]: 10).

Der Wandel des Rechts wird damit zu einer beständigen Aufgabe.²⁵⁴ Denn er erfolge nicht automatisch, sondern bedürfe des Einsatzes aller Zeitgenossen. Jhering verbindet die normative Betrachtung des Rechts mit einer Handlungsanweisung: Da das Recht „die moralische Lebensbedingung der Person“ sei, diene die Verteidigung des Rechts ihrer eigenen „moralischen Selbsterhaltung“ (ebd.: 24). Der Kampf ums Recht erscheint als „eine Pflicht des Berechtigten gegen sich selbst“ – aber zugleich als eine „Pflicht gegen das Gemeinwesen“ (ebd., H.i.O.). Denn nur in der konsequenten Verfolgung dieses Pflichtgedankens könne das sittliche Zusammenleben gedeihen (vgl. Mitteis 1905: 658). Jhering wiederholt mit diesen Bestimmungen das bekannte utilitaristische Schema (der Nationalökonomie): Der Mensch erfüllt die Zwecke der Gesellschaft und des Staates am besten, wenn er seine egoistischen Ziele verfolgt. Dementsprechend stellt sich für Jhering das Gemeinwesen der Nation zu dieser Zeit noch als

253 Genau das aber übersehe die Romanistik (vgl. Jhering 1992 [1874]: 88ff.).

254 So schreibt Schelsky über Jherings Modell: „Für ihn enthält alles geltende Recht immer einen Gehalt an ‚Gerechtigkeit‘, der verallgemeinernd und prinzipialisierend weitergedacht werden kann und muß, so daß die Forderung der Veränderung und Aufhebung geltender Rechtsbestimmungen gerade mit einer Bestätigung und Anerkennung des positiven Rechts als solchem zusammenfällt.“ (Schelsky 1972: 66).

„die Summe aller einzelnen Individuen“ (Jhering 2003 [1872]: 31f.) dar.²⁵⁵ Darin sind objektives und subjektives Recht miteinander versöhnt, ohne zugleich im Harmoniemodell der Historischen Rechtsschule zu enden.

2. Die Entdeckung des Rechts der Gesellschaft: Der Zweck im Recht

Ausgehend von der Kritik am Wert der juristischen Konstruktion, am Quietismus und Harmoniemodell der Rechtsentstehungslehre sowie am fehlenden Verständnis der Normativität des Rechts einer dem Kult des Logischen verpflichteten Rechtswissenschaft unterbricht Jhering seine Arbeit am *Geist*²⁵⁶ und wendet sich seit Mitte der 1870er Jahre dem *Zweck im Recht* zu (vgl. Jhering 1877: V). Darin sieht er die Möglichkeit, seine Kritik in ein positives Programm zu überführen. In beiden Bänden des *Zwecks* setzt Jhering dafür auf der Ebene der allgemeinen Theorie des Rechts an, auf der auch die Volksgeistlehre angesiedelt ist.²⁵⁷ Und er rückt ebenso die Frage nach dem Ursprung des Rechts ins Zentrum. Kurz und knapp fasst er sein Ergebnis zusammen: „Der Grundgedanke des gegenwärtigen Werkes besteht darin, daß der Zweck der Schöpfer des gesamten Rechts ist, daß es keinen Rechtssatz gibt, der nicht einem Zweck seinen Ursprung verdankt.“ (Ebd.: VI)²⁵⁸

255 Allerdings verwehrt sich Jhering dagegen, diese egoistischen Interessen auf materialistische Interessen festzuschreiben. Er zählt auch rein ideelle Interessen dazu (vgl. Jhering 2003 [1872]: 14ff.). Im Unrechtsgefühl, das aus der Verletzung dieser ideellen Interessen herrühre, sieht er den Antrieb zur Behauptung seines Rechts mittels eines Prozesses. Mehr noch: Die Tatsache, dass das *heutige* römische Recht den materiellen Ausgleich in den Vordergrund stelle, zeuge von dessen „platte[m], öde[m] Materialismus“ (Jhering 1992 [1874]: 140). Nicht zuletzt aus diesem Grund greift Jhering die Romanistik (nicht jedoch das römische Recht) an.

256 Er wird sie auch nicht mehr aufnehmen. Der *Geist* wird nicht vollendet, aber in zahlreichen Wiederauflagen der Bände überarbeitet und abgeändert.

257 Auch wenn Jhering sich „die Darlegung des Gesamtzusammenhangs des Rechts zur Aufgabe gemacht“ hat, verfolgt er jedoch mit dem *Zweck* explizit „keinen praktisch dogmatischen Zweck“ (Jhering 1877: IX).

258 Da es vorliegend nicht um die Frage des „wirklichen“ Inhalts des *Zwecks* geht, sondern um den Wandel der Problematisierungsweise des Verhältnisses von Recht und Gesellschaft, die in den Äußerungen Jhering zu erkennen ist, werden jeweils die ersten Auflagen der beiden Bände des *Zwecks* (1877, 1883) untersucht, nicht die zahlreichen Änderungen, die er in späteren Auflagen vornahm.

2.1 Die treibende Kraft des Zwecks im Recht

Was Jhering ebenso wie Savigny sucht, ist die bewegende Kraft im Recht. Dabei setzt auch er zunächst beim Individuum an. Allerdings stellt er nicht auf dessen Recht, sondern dessen Handlung ab: Jedes Geschehen habe einen Grund, auch der Wille. Es gebe jedoch keine absolute Freiheit des individuellen Willens, der als Ausgangspunkt einer Willensbetätigung genommen werden könne. Denn der Mensch handle, um etwas zu erreichen. Aufgrund dieser Bestimmung unterscheidet Jhering im Bereich der Ursache-Wirkungs-Relation das psychologische Zweckgesetz des Willens vom mechanischen Kausalitätsgesetz der Natur: „Das Causalitätsgesetz in diesem letztern Sinn lautet: [...] *keine Wirkung ohne Ursache*. Das Zweckgesetz lautet: *kein Wollen*, oder was dasselbe, *keine Handlung ohne Zweck*.“ (Jhering 1877: 4f., H.i.O.) Der Zweck verursache also eine Handlung, er binde den Willen, und jegliche Handlung lasse sich über den zugrunde liegenden Zweck erklären.

Die gesuchte treibende Kraft jeglichen menschlichen Geschehens sieht Jhering also im Zweck. Er sei das Naturgesetz im Bereich des Menschlichen, und der Zweck bestehe – so Jherings weiterhin biologisch-vitalistisches Credo – in der Selbstbestimmung und Selbsterhaltung (vgl. ebd.: 6f.).²⁵⁹ Die diesem Wollen folgende Handlung oder Tat – so bewusst oder unbewusst sie auch ausfallen mag – sei das Mittel zur Befriedigung dieses Zwecks. Der Mensch entwickle entsprechende Interessen als spezifische Zweck-Mittel-Relationen. Dadurch erlange das unbestimmte Wollen eine bestimmte Richtung (ebd.: 30), und das durch Interesse motivierte Handeln stehe unter dem Primat der Zweck-Mittel-Relation.

Jhering setzt bei der Rechtsbetrachtung damit nicht an der Freiheits-sphäre der Einzelnen, rechtstechnisch gesprochen: nicht am subjektiven Recht an, sondern am individuellen Interesse. Nichtsdestotrotz verweise die treibende Kraft des Zwecks auf die kollektive Ebene: Die physische Selbstbehauptung (Überleben) rufe das Vermögen (das Habe) als Grundform der ökonomischen Selbstbehauptung hervor – „ohne Vermögen keine gesicherte Zukunft des Lebens“ (Jhering 1877: 70).²⁶⁰ Das wiederum

259 Insofern ist es weder verwunderlich, dass Jhering zu Darwin Stellung nimmt, noch, dass er seine Gesetzmäßigkeiten ausgehend von der untersten Stufe, d.h. dem Tier, entfaltet (vgl. Jhering 1877: XI, 26ff.); zur Debatte um den Einfluss Darwins auf Jhering vgl. die Nachweise bei Wischmeyer 2015: 75.

260 Dabei wandelt sich der Zweck von der Sicherung des Lebens zu der des Wohllbens. Denn Jhering erkennt im Vermögen eine ausnahmslos positiv zu beurteilende „allumfassende[] civilisatorische[] Mission und ethische[] Bedeutung“

führe zur Notwendigkeit des Rechts, denn für Jhering gilt: „ohne Recht keine Sicherung des Lebens und Vermögens“ (ebd.). Er verdeutlicht das am Beispiel des Vertrags als Grundform des ökonomischen Verkehrs: Werde der Vertrag als koinzidierende Interessen betrachtet, dann erscheine das Problem der zukünftigen Interessenverschiebung, wenn sich also das Interesse einer Partei in der Zukunft wandle. Daher liege der Zweck der rechtlichen Anerkennung der bindenden Kraft der Verträge in der „Sicherung des ursprünglichen Zweckes gegen den nachtheiligen Einfluss einer späteren Interessen-Verschiebung oder veränderten Interessen-Beurtheilung in der in der Person des einen Theils oder: *rechtliche Einflusslosigkeit der Interessen-änderung*“ (ebd.: 78, H.i.O.). Recht sichert bei Jhering also Erwartungen. Dabei dränge das Recht wiederum zum Staat, da dieser seine Verwirklichung sichere. Für diese Stufenfolge von Individuum hin zu Recht und Staat gelte: „[D]ie (praktische) Triebkraft des Zwecks, nicht die (logische) des Begriffs erzeugt mit Nothwendigkeit das eine aus dem andern.“ (Ebd.: 79)

Diese Herleitung des Rechts zeigt eine deutliche Verschiebung hinsichtlich des epistemischen Schema der Volksgeistlehre: Wenn das Recht bei Savigny die Vergangenheit über den Traditionszusammenhang vor der Willkür der Gegenwart sichert, so sichert es bei Jhering die Gegenwart vor der Willkür und Gefahren der Zukunft. Damit wird das Recht nicht mehr zum Repräsentanten der Ordnung, sondern zielt auf ihre Sicherung. Das Recht erreicht dies, indem es – wie beim Vertrag – den gegenwärtigen Zustand vor Veränderungen in der Zukunft sichert. Zwar erscheint auch hier noch das Recht (und der Staat) ganz im Dienste des Individuums, und das Recht lässt sich auf ein System der Rechte reduzieren.²⁶¹ Allerdings stellt aus der Zweckperspektive Jherings das subjektive Recht nicht wie bei Savigny das Ziel oder die allgemeine Aufgabe des Rechts (bzw. wie im Naturrecht die Wesensbestimmung über das Unrecht) dar, sondern ist eine „Form“, in der das Recht im objektiven Sinn den Interessen seinen Schutz gewährt (ebd.: 70f.).

Zudem erscheint das Recht nicht als Abbild eines vorgegebenen, harmonischen Volksgeistes, sondern als Folge von Interessenkämpfen. Es ist, wie Jhering schon im *Kampf* ausführte, ein überindividueller Kompromiss, zu dem das „Machtverhältnis der sich gegenüberstehenden Kräfte den Aus-

(Jhering 1877: 70) – und das trotz der drängenden Probleme des Pauperismus und der sozialen Frage.

261 Das ist sozusagen der Ausdruck einer klassisch liberalen Position, wie Jhering sie auch im *Kampf* propagiert.

schlag gibt“ (Jhering 2003 [1872]: 9). Recht habe daher immer eine gewalttätige Seite. Denn die Gewalt „gebiert“ das Recht, „wenn sie sich mit Einsicht und Selbstüberwindung paart“. Recht sei letztlich die „Selbstbeschränkung der Gewalt im eignen Interesse“ (Jhering 1877: 250) – es „ist nichts anders als der Niederschlag der Erfahrung in Bezug auf die richtige Verwendung der Gewalt“ (ebd.: 254).

Die Rede von einem „Naturgesetz des Willens“ deutet schon an, dass es für Jhering nicht nur Zwecke des Individuums gibt, sondern ebenso den Zweck der Natur (Selbsterhaltung der Gattung) – oder eben im Bereich des Menschlichen: die „Zwecke[] der Gesamtheit“ (ebd.: 45). Dementsprechend zerfallen für Jhering „[d]ie Zwecke des gesammten menschlichen Daseins [...] in zwei grosse Gruppen: die des *Individuums* und die der Gemeinschaft (*Gesellschaft*)“ (ebd.: 64, H.i.O.); anders formuliert: in „egoistische“ und „sociale“ Zwecke.

Mit dieser Doppelung verlässt Jhering für die Untersuchung des Rechts die individualistische Ebene. Denn letztlich könne die Welt angesichts eines rein selbstbezüglichen Individualegoismus nicht bestehen. Mehr noch: Das isolierte Individuum des Naturzustandes ist für Jhering mit Blick auf reale Lebensverhältnisse nicht denkbar: „Niemand ist *für* sich allein da, so wenig wie *durch* sich allein, sondern Jeder ist, wie *durch* Andere, so zugleich *für* Andere da, einerlei, ob mit oder ohne Absicht.“ (Ebd.: 85, H.i.O.) Der Andere ist bei Jhering nun nicht alter Ego, sondern die übergeordnete Ganzheit: die Sphäre der Gesellschaft. Auf sie bezieht sich jegliches „sociale[s] Handeln“, das Jhering dementsprechend als die Tätigkeit des Individuums für die Zwecke der Gesellschaft definiert (ebd.: 65).²⁶² Und hier seien die sozialen Zwecke zu suchen.

Damit wechselt Jhering zum Verständnis des Rechts auf die gesellschaftliche Ebene. Der methodologische Individualismus der Rechtsdogmatik der Historischen Rechtsschule weicht einer holistischen Perspektive auf das Recht: Es geht Jhering fortan um die Frage, wie das Recht in der Sphäre der Gesellschaft zu verorten ist, d.h. welche Zwecke die Gesellschaft durch das Recht verfolgt, bzw. welche sozialen Zwecke mittels des Rechts verwirklicht werden. Er sucht „die Aufgabe, die ihm [dem Recht, D.S.] für

262 Er wendet sich mit dieser Bestimmung explizit dagegen, „nach Art des Naturrechts das Individuum aus seinem geschichtlichen Zusammenhange mit der Gesellschaft künstlich ab[zu]lösen, es [zu] isolieren und diesem bloss gedachten für-sich-sein des Individuums dann das wirkliche Leben in der Gemeinschaft, das Auch-für-andere-sein gegenüber[zu]stellen“. Stattdessen zielt sein Ansatz darauf, „das Individuum in der Stellung [zu betrachten], die es thatsächlich in der wirklichen Welt einnimmt“ (Jhering 1877: 64).

die Zwecke der Gesellschaft zukommt, klar zu stellen und die Art zu bezeichnen, wie das Recht seine Aufgabe löst“ (ebd.: 66). Recht wird nach seiner Funktion für die Gesellschaft befragt.²⁶³

2.2 Die Gesellschaft und ihr Recht

Da Jhering die Gesellschaft ins Zentrum seiner Untersuchung setzt (statt sie herzuleiten²⁶⁴), – wird es letztlich nötig, sich mit diesem – ihm zufolge – aus Frankreich stammenden und mittlerweile weitverbreiteten Begriff auseinanderzusetzen. Denn nach wie vor sei ‚Gesellschaft‘ nicht definiert (Jhering 1977: 93f.).²⁶⁵ Um dies zu leisten, überträgt Jhering die Definition der privatrechtlichen Gesellschaft, d.h. der *societas*, auf den Gesellschaftsbegriff im sozialtheoretischen Sinne: Eine Gesellschaft im juristischen Sinn

263 Gerade im *Zweck* zeigt sich das dynamische Voranschreiten von Jherings Denken, das nicht vor Um- und Abwegen sowie einem eklektizistisch Umgang mit verschiedenartigsten Quellen scheut. Seine Untersuchung wurde dementsprechend als in sich sehr widersprüchlich, eklektizistisch, unausgegoren, kurz: als ein „Durcheinander der Baustile“ bezeichnet (Wolf 1963: 651). Es sei ein „Musterstück eines gelehrten Dilettantismus“ (Helfer 1968: 558) – ein Dilettantismus, den Jhering jedoch bereits selbst eingeräumt hatte (Jhering 1877: VII). Aus diesem Grund lohne es sich laut Christian Helfer auch nicht, auf den grundlegenden Teil der Gesellschaftsanalyse im ersten Band vom *Zweck* einzugehen – insbesondere auch deshalb nicht, weil die Unzulänglichkeit Jhering in der Überarbeitung des ersten Bandes selbst bewusst geworden sei (vgl. Helfer 1970: 84; Jhering 1884a: 77f.). Helfers Annahme soll im Folgenden widersprochen werden.

264 So bemerkt schon im Jahr 1879 Felix Dahn in seiner monographischen Abhandlung zum ersten Band des *Zwecks* über Jherings Vorgehen: „Nicht philosophische Speculation, nicht juristische Methode, und (leider!) auch nicht anthropologische, völkerpsychologische, historische Methode soll ihn dabei leiten: sondern eine Construction, welche wir zwar nicht apriorisch nennen dürfen, weil sie nicht von einem philosophischen Princip a priori ausgeht, sondern von dem Gegebenen, den Thatsachen der ‚menschlichen Gesellschaft‘“ (Dahn 1879: 2).

265 Auf wen genau sich Jhering mit dieser Begriffsgenealogie bezieht, ist schwer zu eruieren, gerade weil er bei den verschiedenen Autoren in teils sehr freier Anleihe wildert. Vermutlich hat er aber insbesondere die sozialistische Theorie aus Frankreich im Auge. Zu vermerken ist aber, dass er bei all den Autoren, auf die er sich zur Begründung seiner Theorie beruft (so prominent Spencer und Bentham, vgl. Jhering 1883: 168ff., jedoch mit deutlicher Kritik), die bereits existierenden Ansätze einer Gesellschaftslehre in Deutschland insbesondere auch von juristischer Seite wie diejenigen von Lorenz von Stein und von Robert von Mohl nicht aufgreift, obwohl er mit beiden Autoren in Kontakt stand.

setze einen auf ihre Richtung und Regelung abzielenden Vertrag, den Gesellschaftsvertrag, voraus. Sie sei „ein Verein mehrerer Personen, welche sich zur Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks verbunden haben, von denen daher jede, indem sie für den Gesellschaftszweck thätig wird, zugleich für sich handelt“ (ebd.). Das Hauptmerkmal der Sozietät bestehe in der Kooperation zu gemeinsamen Zwecken.²⁶⁶ Dabei handele es sich aber nicht um einen spezifisch juristischen, sondern um einen alltäglichen Sachverhalt, der sich in allen Lebensbereichen wiederhole.²⁶⁷ Für Jhering gilt daher: „Auf dieser gegenseitigen Förderung der Zwecke beruht meines Erachtens der Begriff der Gesellschaft.“ (Ebd.: 94f.)

Mit dieser Übertragung werden bestimmte Eigenschaften der Gesellschaft hypostatiert: Die Gesellschaft als notwendige Koordination der Individuen sei „die thatsächliche Organisation des Lebens für und durch andere“ (ebd.: 95). Sie sei das eigentliche „Bindemittel“ der Teile untereinander (Jhering 1883: 175). Als „die Form der geregelten und dauerhaften Befriedigung“ (ebd.) des Bedürfnisses der Ergänzung des einen durch den Anderen besitzt sie bei Jhering – wie eine Gesellschaft im juristischen Sinne – eine eigenständige Größe: So ist die Gesellschaft „nicht die blosse Vielheit der einzelnen, nicht der Plural vom Singular Mensch, sondern die Vielheit derselben in ihrer *Verbindung*“ (ebd., H.i.O.). Anders als noch im *Kampf* ist die Gesellschaft für Jhering nicht mehr derivativ als bloße Summe der Individuen zu verstehen, sondern existiert eigenständig neben den einzelnen Individuen.²⁶⁸

266 Der Tauschvertrag – etwa ein Kaufvertrag – hat die Verschiedenheit des Zwecks der beiden Vertragsschließenden zur Voraussetzung, wohingegen die Assoziation, die Sozietät, auf der Gleichheit des Zwecks aufbaut. Die Interessen werden koordiniert, was aber keineswegs bedeutet, dass die Assoziation auf altruistischen Motiven beruht. Denn: „Der Verkehr kennt kein Wohlwollen; alle Verträge des Verkehrs sind auf den Egoismus gebaut und so auch die Societät.“ (Jhering 1877: 213).

267 So führt Jhering aus: „Aber das Factische der Gesellschaft: die Cooperation zu gemeinsamen Zwecken wiederholt sich im Leben auch ohne diese Form. Unser ganzes Leben, unser ganzer Verkehr ist in diesem factischen, thatsächlichen Sinn eine Gesellschaft: ein Zusammenwirken für gemeinsame Zwecke, bei dem Jeder, indem er für Andere handelt, auch für sich handelt, und die Anderen, indem sie dasselbe thun, es für ihn thun.“ (Ebd.: 94).

268 Menschlich-individuelles und gesellschaftliches Leben sind damit „gleichbedeutend“ (Jhering 1877: 95). Für Jhering ist das Individuum letztlich nur als soziales, d.h. gesellschaftliches Individuum denkbar: Der Mensch lebe und erhalte sich selbst, indem er eine Gesellschaft bilde. In der Schaffung seiner kulturellen Welt sei er auf gesellschaftliche Kommunikation und Kooperation angewiesen. Damit kehrt Jhering das (altliberale) Schema des *Kampfs* um. Die Zwecke der

Als ein solches eigenständiges Ganzes erscheint die Gesellschaft nicht nur als objektive Tatsache. In Jherings Analyse wird sie vielmehr selbst zu einem Subjekt: „Wir steigern unsere bisherige Vorstellung eines Ganzen, welches auch unbelebt sein kann, zu der eines *belebten zur Einheit der Persönlichkeit* zusammengefassten Wesens.“ (Ebd.: 191, H.i.O.)²⁶⁹ Als ein solches „belebtes Wesen“ unterliege sie dem „oberste[n] Gesetz der Natur: das der *Selbsterhaltung*“ (ebd.: 192, H.i.O.). Der Selbsterhaltungstrieb, der jedem Leben zu eigen ist, finde sich auch bei der Gesellschaft. Sie hat für Jhering eigenständige Interessen, einen Willen zur Selbstbehauptung, der sich auf das „das Wohl und Gedeihen der Gesellschaft“ bzw. ihr „Bestehen und Wohlergehen“ als genuin sozialer Zweck richtet (ebd.: 104, 277). Das sei der „Egoismus der Gesellschaft“ (ebd.: 195).

Als „Form“ der tatsächlichen Organisation des Lebens für und durch andere habe die Gesellschaft eine spezifische Ordnung, d.h. ihre Teile stehen in einer planvollen Beziehung der Teile zueinander. Diese Struktur weise den Individuen ihre Stelle im gesellschaftlichen Körper zu (vgl. Jhering 1877: 357) und beschreibe ihre Abhängigkeit voneinander. Es gilt: „[K]eine Gesellschaft ohne gesellschaftliche Ordnung.“ (Jhering 1883: 176) Für die Aufrechterhaltung der Ordnung müssen wiederum Normen geschaffen werden, „welche den einzelnen Gliedern, so weit dieselben nicht schon ihrer selbst wegen dasjenige thun, was die gesellschaftliche Ordnung mit sich bringt, ihr Verhalten vorzeichnet“ (ebd.). Es handelt sich also um Normen im normativen Sinne, d.h. in Form von Imperativen, die ein bestimmtes Verhalten der Individuen vorgeben. Normen sind also nach Jhering unabdingbare Voraussetzung für das Bestehen jeder Gesellschaft – und die Gesellschaft muss Normen schaffen, um sich selbst zu erhalten. Sie mache das in Form einer Normordnung. Normen bedürften aber zugleich der Befolgung, weil sie sonst reines Abstraktum blieben. Deswegen seien ihnen jeweils spezifische Mechanismen der Sicherung der Durchsetzung zu eigen. Die „Deduction“ lautet also: „Die Begriffe Gesellschaft, gesellschaftliche Ordnung, gesellschaftliche Norm, gesellschaftlicher Zwang

Gesellschaft und des Staates werden nicht am besten erfüllt, wenn der Mensch seinen egoistischen Zielen folgt, sondern *vice versa*: „[I]ndem der Mensch sich den gesellschaftlichen Zielen unterwirft, fördert er vernünftiger- und langfristigerweise seine Interessen als Individuum“ (Schelsky 1972: 55).

269 Allerdings handelt es sich nicht um eine Persönlichkeit im juristischen Sinne, d.h. eine juristische Person, denn: „Die Gesellschaft kann nicht vor Gericht auftreten“ (Jhering 1883: 192). Jhering erscheint diese Personifizierung aber gerade mit Verweis auf die Wirkmacht des Volksgeistes als legitim – jener „Persönlichkeit“, die seit Savigny durch die Rechtswissenschaften geistert (vgl. ebd.: 193).

hängen demnach aufs engste zusammen, mit dem Begriff der Gesellschaft sind die drei letzteren implicite gesetzt.“ (Ebd.: 177)

2.3 Das Recht der Gesellschaft: Norm und Zwang

Die für das Bestehen jeder Gesellschaft notwendige Normordnung nennt Jhering das „objectiv Sittliche“. Sie umfasse nicht nur die Sittlichkeitsnormen im engeren Sinne (Moral, Ethik), sondern alle Formen der „socialen Imperative“, welche „die Gesellschaft ihren Mitgliedern vorzeichnet, und deren Beachtung sie von ihnen erzwingt“ (Jhering 1883: 227). Hierzu zählt Jhering auch die Sitte, die Mode und das Recht.²⁷⁰ All diese Normen seien auf den Zweck der Selbsterhaltung der Gesellschaft gerichtet.

Jhering postuliert damit eine radikal gesellschaftliche Theorie des Sittlichen. Alle sozialen Normen, auch die Moral, haben ihren Ursprung in der Gesellschaft. Erst diese Perspektive sichere, dass man des imperativen Charakters der Normen, ihrer normative Dimension des „Sollens“, gewahr werde. Gerade im Bereich der Ethik zeigt sich für Jhering dabei das Defizit der herkömmlichen Betrachtungsweise: Er wirft ihrer individualistischen Fundierung im Subjekt vor, dass „[a]n die Stelle des ‚Solls‘ der Norm [...] das ‚Sein‘ des Begriffs (des sittlichen Gutes, der Tugend, der Pflicht, des sittlichen Menschen)“ trete (ebd.: 100). Der Fehler liege darin, dass die Ethik vom Menschen als „sittliche[r] Idealtypus“ (ebd.: 145) ausgehe. Das Sittliche erscheine dann als „begrifflich nothwendige[r] Ausfluss seines *Innern*, als Emanation seines eigenen *sittlichen* Wesens“ (ebd.: 101, H.i.O.). Das Soll werde im Sein dieses Begriffs des Menschen aufgelöst. Dadurch verschließe sich der Blick gegenüber dem Zweck als Moment des Sollens, und das heißt gegenüber dem „letzten Grunde der Sache“ (ebd.).²⁷¹

Um diese Gefahr der individualistischen Theorie der Ethik zu entgehen, entwirft Jhering eine „gesellschaftliche Theorie“ des Sittlichen (ebd.:

270 Jhering leitet diese Unterscheidung entwicklungsgeschichtlich her: Aus der Gewohnheit hätten die Griechen die Sitte als verbindlichen Teil ausgesondert, die Römer hätten davon wiederum das Recht ausgesondert, was zur Unterscheidung zwischen Recht und Moral/Sitte geführt habe; die Germanen schieden schließlich die Sitte von der Sittlichkeit. In jüngster Zeit sei noch die Mode – in Abgrenzung zur Tracht als Ausdruck der Zugehörigkeit zu einer Volksgemeinschaft – als (ständig umkämpftes) Merkmal der Standesdifferenzierung (heute würde man sagen: Habitus) hinzugekommen (vgl. Jhering 1883: 49ff.; 227ff.).

271 Zu seiner ausführlichen Kritik an der individualistischen Theorie des Sittlichen vgl. ebd.: 142ff.

154ff.). Er setzt an die Stelle des Individuums die Gesellschaft und entwickelt statt einer Individualethik eine „Socialethik“ (ebd.: 157). Alle sittlichen Normen sollen das Bestehen und Wohlergehen der Gesellschaft gewährleisten. Darin liege ihr Zweck. Dementsprechend befragt er sie im Rahmen seines „gesellschaftlichen Utilitarismus“ (ebd.: 211) nach ihren gesellschaftserhaltenden Nutzen. Dafür untersucht, klassifiziert und ordnet Jhering im zweiten Band des *Zwecks* ein breites phänomenologisches Spektrum an Normen der sittlich-praktischen Welt: In der Unterscheidung von Gewohnheit, Brauch und Sitte behandelt er Mode, Tracht, Trinkgeld, Leichenschmaus, Gastfreundschaft, Duell und vieles mehr, beginnt aber auch, die Umgangsformen (Anstand, Höflichkeit, Takt) zu differenzieren.²⁷²

Jhering rückt also diejenige Sphäre ins Zentrum der Untersuchung, die in der juristischen Volksgeistlehre aufgrund des Erkenntnismangels notwendigerweise im Dunkeln lag. Dies führt ihn „in die niedersten Regionen des täglichen Lebens“, das „Material“ zur Lösung seiner Aufgabe sei, „ich möchte sagen: auf der Strasse und im Kehrlicht zu suchen“ (Jhering 1883: XIII). Seine These des praktischen Zwecks jeder Norm, d.h. die Frage nach ihrem praktischen Nutzen für die Gesellschaft, führt Jhering zur Untersuchung und Differenzierung der sozialen Normen anhand des empirisch vorfindlichen Materials. Dabei nimmt Jhering zwar das Sollen der Normen in seiner Normativität ernst, erforscht es aber als empirische Tatsache und verortet es daher letztlich im Sein. Die Gesellschaft und ihre Normordnung erscheinen damit nicht mehr nur als Tatsache gesetzt, sondern werden zugleich zum bevorzugten Objekt der Untersuchung.

Das Recht wiederum ist in diese gesellschaftliche Normordnung, d.h. in das umfassende System der verschiedenen Formen der „socialen Imperative“, eingebettet.²⁷³ Recht wird bei Jhering nicht als Organismus, d.h. als organisch eigenständiger Wertekosmos behandelt, der streng vom Gebiet des Sittlichen getrennt sei (Savigny), sondern als Norm unter anderen Nor-

272 Daneben unterscheidet er die Sitte und die Moral: Während die Verbote der Sitte sich prophylaktisch bloß auf das Gefährliche beziehen, verbiete die Moral für die Gesellschaft schädliches Verhalten. Man könne sie aber auch je nach Verbreitungsgrad innerhalb der Gesellschaft differenzieren: Während sich die Moral auf alle Klassen der Gesellschaft beziehe, gebe es die Sitte nur in den mittleren und höheren Regionen der Gesellschaft. Dies beruht bei Jhering auf der Verbindung von Sitte und guter Sitte, wobei er die guten Sitten nur in den höheren Schichten zu finden meint. Seine Sittenlehre ist insofern elitär (vgl. Jhering 1883: 260ff.).

273 Das Sittliche als Obergriff aller sozialen Normen umfasse daher auch das Recht, jeder Rechtssatz habe – wie schon im *Geist* dargelegt – eine imperative Form und daher ein Sollen zum Inhalt (vgl. Jhering 1877: 337).

men. Das bewirkt zweierlei: Erstens geht Jhering vom Rechtsinstitut als Basiselement des selbstständigen Rechtsorganismus zum Rechtssatz über (vgl. Wiethölter 1974: 661f.). Zweitens wird es aufgrund dieser Relativierung der „normativen Autonomie“ des Rechts notwendig, rechtliche Normen von anderen sozialen Normen (Gewohnheit, Sitte, Moral) abzugrenzen. Die Differenz des Rechts liegt dabei nach Jhering weder in der Form (etwa das schriftlich fixierte Gesetz) noch in der Tatsache, dass zu seiner Durchsetzung Zwang angewandt wird (auch das Sittengesetz wende Zwang an, allerdings psychologischen). Sie sei vielmehr im Einsatz spezifischer Mittel zur Durchsetzung der Normen zu erkennen. Demzufolge bestimmt Jhering Recht als *„Inbegriff der durch äusseren Zwang d.h. durch die Staatsgewalt gesicherten Lebensbedingungen der Gesellschaft im weiteren Sinn“* (Jhering 1877: 499, H.i.O.). Gerade die staatliche Rechtsdurchsetzung mache eine soziale Norm zum Recht.²⁷⁴ Hierfür gebe es im Staat einen besonderen „Verwirklichungsapparat“ (ebd.: 50) wie zum Beispiel die Rechtspflege (Justiz), ohne die das Recht „in die Irre geht“ (ebd.: 306). Das Recht „ist der Inbegriff der in einem Staat geltenden *Zwangsnormen*“ (ebd.: 318, H.i.O.).

Diese Sicht auf den Staat bewirkt zweierlei: Zum einen ist der Staat insofern Teil der Gesellschaft, als sich der Gesellschaftszweck nur durch äusseren Zwang realisieren lässt.²⁷⁵ Er ist für Jhering also derjenige Teil der Gesellschaft, der zwingt, d.h. die Form der geregelten und gesicherten Ausübung der sozialen Zwangsgewalt, oder kurz: „die *Organisation des sozialen Zwanges*“ (ebd.: 307, H.i.O.). Zum anderen sei die Scheidung zwischen Privatrecht und Öffentlichem Recht nicht mehr sinnvoll, wenn Recht sich immer mehr auf die Gesellschaft beziehe, egal, welche Rechtsmaterie geregelt werde. Denn

274 Recht ist für Jhering letztlich nur die vom Staat aufgestellte Zwangsnorm, das ist seine formale Qualität. Darin mag man eine Form des Rechtspositivismus erkennen. Allerdings handelt es sich nicht um eine klassische rechtspositivistische Position, da im Recht letztlich gesellschaftliche Zwecke sanktioniert werden, diese also dem Recht vorgelagert sind und die Grundlage für das Rechtsverständnis bilden.

275 *Vice versa* geht die Gesellschaft über den Staat hinaus, und zwar inhaltlich und geographisch. Der „Zug der gesellschaftlichen Bewegung“ gehe ins Globale, letztlich also zur Weltgesellschaft (ebd.: 97). Genau das hebt später der Statistiker Gustav Rümelin als Problem des Gesellschaftsbegriffs hervor: Um eine Gesellschaftslehre zu begründen, müsse man den Gesellschaftsbegriff eingrenzen, da eine Wissenschaft der ganzen „Menschheit“ keinen Sinn ergebe (vgl. Rümelin 1889: 39f.).

dem Lehrer der Gesellschaftswissenschaft bleibt meines Erachtens keine Wahl, der Begriff der Gesellschaft, auf den er sein ganzes System bauen muss, macht jede principielle Scheidung zwischen den Formen, in denen die Gesellschaft ihre Daseinszwecke verwirklicht, unmöglich (Jhering 1877: 305).

Das eigentliche „Zwecksubject“ des Rechts sei letztlich weder Staat noch Individuum, sondern die Gesellschaft. Sie sei der Grund des Zwecks im Recht (ebd.: 453). Danach definiere sich die Funktion des Rechts als die „Sicherung der Lebensbedingungen der Gesellschaft“ (ebd.: 434).²⁷⁶ Bei Jhering geht es also nicht mehr um die Gesellschaft im Recht, sondern um das Recht der Gesellschaft. Und dabei gilt: Recht ist der Teil der Gesellschaft, der mittels Staatsgewalt zwingt. Allerdings setze die Gesellschaft Recht zur Sicherung nur derjenigen materiellen wie ideellen Bedingungen ein, ohne die sie ihrer Erfahrung nach nicht bestehen könne (vgl. Jhering 1883: 112).

Das Recht hat also gegenüber den anderen sozialen Nomen einen Vorteil: die Sicherheit der institutionellen Verwirklichung durch – wie Jhering es nennt – „mechanischen Zwang“ (ebd.: 180). Die Gesellschaft drohe jedoch Strafe nur in den besonderen Fällen an, in denen diese der Abschreckung vor Handlungen diene, die die Lebensbedingungen der Gesellschaft gefährdeten. Das wiederum sei eine reine Frage der sozialen Politik, d.h. historisch kontingent und nicht absolut zu bestimmen. In den anderen Fällen, namentlich im Privatrecht, beschränke sich die Gesellschaft auf die Sicherung derjenigen Interessen, die für das Zusammenleben notwendig angesehen würden, indem entsprechende Ansprüche vor Gericht geltend gemacht werden können. Sie gewähre jedoch niemals absolute Rechte: Selbst beim Eigentum – jener gerade durch die sozialistischen und kommunistischen Theorien zentral angegriffenen rechtlichen Kategorie – behalte sie sich die Möglichkeit der Expropriation vor (vgl. Jhering 1877: 514ff.).

Norm und Zwang sind nach Jhering nur rein formale Momente des Rechts. Sein Inhalt werde demgegenüber durch den Zweck bestimmt. Dieser Zweck ist für Jhering – wie erwähnt – die Sicherung der Lebensbedingungen der Gesellschaft. An diese Funktion des Rechts schließt Jherings funktionale Betrachtung des Rechts an. Abgesehen von dieser Funktionsbestimmung weist Jhering aber die Möglichkeit einer genaueren Bestimmung konkreter Inhalte des Rechts zurück. Normen könnten immer nur

276 Daher sieht Schelsky Jherings hauptsächliches Verdienst in der „soziologischen Funktionsbestimmung des Rechts“ (Schelsky 1972: 48, H.i.O.).

relative Geltung beanspruchen. Die Zwecke der Gesellschaft sind für Jhering immer historisch kontingent und hängen von den historisch-spezifischen Lebensbedingungen der jeweiligen Gesellschaft ab. Damit sind sie für Jhering eine Frage der Kultur: eine jeweils zu bestimmende und damit auch wandelbare Normordnung, die dem Selbsterhalt der Gesellschaft dient.

Letztlich bindet er also das Sittliche radikal an den gesellschaftlichen Nutzen, wie Jhering in der zweiten Auflage des zweiten Bandes des *Zwecks* nochmals betont:

Das Nützliche in diesem Sinne deckt sich mit dem obigen Gesichtspunkte der Lebensbedingungen der Gesellschaft. Nur was der ganzen Gesellschaft und nur was ihr dauernd nützlich ist, kann sich rühmen, ihr wahrhaft förderlich, nützlich zu sein d.h. ihren Lebensbedingungen zu entsprechen und den Anspruch erheben, in die Form der rechtlichen oder gesellschaftlichen Norm gebracht zu werden. Nur was sich als solches ausweisen kann, verdient das Prädikat des Sittlichen d.i. des gesellschaftlich Nützlichen in diesem Sinne. Damit ist nicht bloss die letzte Quelle und der Zweck des Sittlichen namhaft gemacht, sondern zugleich ein Massstab gewonnen, um die vorübergehenden Acte der Staatsgewalt sowohl wie die von ihr als dauernd aufgestellten Normen (Gesetze) und die gesellschaftlichen Einrichtungen zu beurtheilen. Was dem wahren Wohle der Gesellschaft (auf dieser ihrer zeitlichen Entwicklungsstufe) nicht entspricht, ist unsittlich. (Jhering 1886: 212f.)

Der Maßstab der sittlichen Beurteilung, d.h. des Sollens, ist nicht abstrakt bestimmt oder bestimmbar, sondern nur konkret. Er ist dem Sein der Gesellschaft zu entnehmen. Damit werden nicht nur die Normen als empirische Fakten gesellschaftlich rückgebunden, sondern ebenso die normativen Maßstäbe jeglicher sittlichen Beurteilung.²⁷⁷

Diese Rückbindung gilt auch für die allgemeinen Prinzipien des Rechts: Wenn Jhering die Gleichheit als Grundsatz der Gerechtigkeit im Recht anerkennt, dann nur unter der Prämisse, dass sie zur Aufrechterhaltung der sozialen Ordnung nötig ist und den sozialen Kampf als Bedrohung und Erschütterung der gesellschaftlichen Ordnung abzuwenden sucht (vgl. Jhering 1877: 356ff.). Sie ist niemals ein Wert schlechthin, da es solche den praktischen Zwecken entthobene Werte in Jherings „gesellschaftliche[m]

277 Damit relativiert Jhering die Maßstäbe des Rechts, wofür er heftig kritisiert wurde (Pleister 1982: 221ff. m.w.N.).

Utilitarismus“ nicht gibt. Vielmehr gilt: Der Maßstab zur Bewertung der Normen ergibt sich aus dem jeweiligen Zustand der Gesellschaft. Der konkrete *Zweck des Rechts* ist immer kontingent und abhängig von den gesellschaftlichen Umständen. Damit widerspricht Jhering der inhaltlichen Aufladung des Zwecks des Rechts bei Savigny und Puchta, die ihn in der Sicherung der Freiheit des Einzelnen oder in der Herstellung der Gleichheit angesichts faktischer Ungleichheit sahen. Dem setzt er eine funktionale Perspektive auf die substantiellen Inhalte des Rechts entgegen, die sich am obersten Zweck des Rechts, nämlich seiner Funktion als Sicherung der Lebensbedingungen der Gesellschaft, orientiert. Es gilt: Kein Recht ohne den Zweck der gesellschaftlichen Selbsterhaltung.

Auch wenn es sich beim Recht in seiner konkreten Ausformung immer um ein kontingentes historisches Phänomen handelt, dessen Maßstab sich zudem ändert, so spricht ihm Jhering jedoch in seinem generellen Dasein den Status einer gesellschaftlichen Gesetzmäßigkeit zu: „[E]s gibt kein Volk, das ohne das Recht [...] ausgereicht hätte“ – aber auch keines, „das bloss mit dem Recht“ bestehen könne (Jhering 1883: 180). Jede Gesellschaft bedarf neben anderen sozialen Normen auch einer Rechtsordnung und bilde eine solche im Laufe ihrer Entwicklung notwendigerweise heraus. Das folge aus der treibenden Kraft des *Zwecks im Recht*.

2.4 *Das Spannungsverhältnis zwischen Gesellschaft und Individuum: Die „sociale Mechanik“*

Wenn der Zweck der Gesellschaft in der Sicherung ihrer Lebensbedingungen liegt, dann tritt sie damit den Individuen entgegen: „Dem Anspruch auf Schutz, den der individuelle Egoismus erhebt, ist die Gesellschaft berechtigt, ihr eigenes Interesse gegenüberzustellen.“ (Jhering 1877: 148) In dieser Gegenüberstellung erkennt Jhering ein Spannungsverhältnis, das sich aus einem Ungleichgewicht der Macht ergebe. Denn die Gesellschaft trete an das Individuum „von aussen“ heran und „fordert“ von ihm die Einhaltung seiner Normen (Jhering 1883: 102, 103). Sie sei in einem gewissen Sinne mächtiger als der Einzelne, besitze sie doch „eine zwingende Kraft über den menschlichen Willen“ (Jhering 1877: 102). Das dürfe nicht als ein absolutes Determinationsverhältnis des menschlichen Willens missverstanden werden – der freie Wille des Individuums bestehe und müsse bestehen. Denn er sei die eigentlich schöpferische Kraft, ihm folge die Tat und damit die Bewegung im gesellschaftlichen Leben. Was die Gesellschaft jedoch gewissermaßen beeinflussen könne und müsse, sei die Ebene des Zwecks, d.h. der Grund jeglicher Willensbildung und -betätigung.

Jhering schwebt keine Uniformität oder Verschmelzung der Individuen vor, sondern eine verbindliche Koordinierung ihres Wollens und d.h. Handelns. In dieser Frage nach der „Art, wie die Gesellschaft und der Staat das Individuum zur Mitwirkung in ihrer Verwirklichung heranziehen“ (ebd.: 65) kann, verlässt Jhering nun die organische Volksgeistlehre: An die Stelle der stillwirkenden Kräfte des Organismus tritt ein mechanisches Modell der Gesellschaft. Sie sei eine „Maschine“, die den mechanischen Gesetzen der Bewegungslehre der Körper gehorche (ebd.: 101).²⁷⁸ Daher könne die Gesellschaft ihre Interessen über eine „sociale Mechanik“ verwirklichen, „durch welche die Gesellschaft den Willen für ihre Zwecke in Bewegung setzt, oder kurz gesagt: die Lehre von den *Hebeln der sozialen Bewegung*“ (ebd.: 102, H.i.O.). Dafür setzt die Gesellschaft an den „Triebfedern“ und Mächten an, die ein soziales Handeln der Individuen bewirken (ebd.: 103), nämlich Egoismus und „ethische Selbstbehauptung“ der Individuen. Jhering identifiziert vier solcher Hebel: Im Bereich des Egoismus der Lohn (positiver Reiz) und Zwang (negativer Reiz), im Bereich des Sittlichen das Pflichtgefühl und die freie Selbstverleugnung.²⁷⁹

Der Lohn zielt auf die Befriedigung der menschlichen Bedürfnisse (auch nicht-materieller Art). Die soziale Organisation des Lohnes wiederum sei der Verkehr, der dem Staat vorausgehe, gleichsam aber erst durch den Staat und das Recht, d.h. durch den Hebel des Zwangs, verwirklicht werden könne. Auch wenn Lohn und Zwang zu den „absoluten Postulate[n] der gesellschaftlichen Ordnung“ gehören, ohne deren Existenz Gesellschaft „undenkbar“ sei (Jhering 1883: 3), habe ihre „sociale[] Leistungsfähigkeit“ (ebd.: 4) Grenzen. Die gesellschaftliche Ordnung bedarf immer auch einer Verinnerlichung ihrer Normen. Mit Blick auf das Recht müsse man konstatieren: „[O]hne Hinzukommen der sittlichen Gesinnung ist die ganze Rechtsordnung eine höchst unvollkommene, unsichere.“ (Ebd.: 8) Daher sei die ‚Triebfeder‘ der Sittlichkeit ebenso ein „*absolutes Postulat des gesellschaftlichen Daseins*“ (ebd.: 11, H.i.O.). Hier setzen gleichfalls die He-

278 Jhering drückt dies gewohnt bildstark aus: „Rastlos bewegen sich wie in einer gewaltigen Maschine tausende von Walzen, Rädern, Messern, die einen in dieser, die andern in jener Richtung, scheinbar völlig unabhängig von einander, gleich als wären sie nur für sich da, ja in feindseliger Stellung zu einander, als wollten sie sich gegenseitig vernichten und doch wirken alle schliesslich harmonisch zu *einem* Zweck zusammen, und ein *einzig*er Plan regiert das Ganze.“ (Jhering 1977: 100f., H.i.O.).

279 Allerdings führt er nur die ersten beiden (Lohn und Zwang) in seinem *Zweck* aus, die Ausarbeitung der Hebel im Bereich der ethischen Selbstbehauptung bleibt im zweiten Band des *Zwecks* in der Analyse der sozialen Normordnung stecken, und dieses Werk bleibt – wie der *Geist* – unvollendet.

bel der Mechanik an. Normen werden zu Mitteln, über Internalisierung in den Individuen bestimmte Mentalitäten zu erzeugen, die ein verbindendes Interesse für ihre Handlungen kreieren.

Im *Zweck* führt Jhering diese Überlegungen hinsichtlich des Rechts nicht mehr explizit aus, sie laufen aber auf die Frage des Rechtsgefühls hinaus, wobei gilt: Nicht das Rechtsgefühl erzeugt das Rechts, sondern *vice versa* (vgl. auch Jhering 1884b). Damit geht es nicht um die Funktion des Rechts als ein ausgesonderter eigenständiger Organismus, wie dies ja sowohl bei Savigny als auch bei Puchta und dann radikalisiert beim jüngeren Jhering immer auch zur Debatte stand und über die Binnenperspektive des Rechts angegangen wurde. Vielmehr liefert Jhering nun eine funktionale Beschreibung des Rechts als ein spezifisches Mittel der Gesellschaft, ihre Ordnung aufrechtzuerhalten.

Das ‚Ding‘ Gesellschaft wird zum eigentlichen Ausgangspunkt der Analyse des Rechts. Jhering verlässt also zum einen die Binnenperspektive des Rechtsorganismus und wendet sich dem bisher im Dunkeln gelegenen gesellschaftlichen Kontext des Rechts zu, wie er eindrücklich im Bereich der Sitte unter Beweis stellt. Zum anderen tritt die Gesellschaft dem Individuum gegenüber, und das Recht wird zu einem Mittel, die individuellen Handlungen zu koordinieren. Recht ist nun nicht mehr Folge eines vorgegebenen Rechtsgefühls (Bewusstsein des Volkes), sondern ein Mittel, über Internalisierung ein solches verbindendes Gefühl zu erzeugen.

Wenn Jhering dabei den Zweck des Rechts als die Sicherung der Lebensbedingungen der Gesellschaft definiert, dann schließt sich für ihn der Kreis seiner Analyse, wie er sie ausgehend vom Problem der Handlungen der Individuen (rechtstechnisch gesprochen: vom subjektiven Recht) eröffnete:

Wenn alle Rechtssätze die Sicherung der Lebensbedingungen der Gesellschaft zum Zweck haben, so heißt das: die Gesellschaft ist das *Zwecksubject* derselben. Ein wunderliches Subject, wird man mir einwenden, eine bloße Abstraction; das wirkliche Zwecksubject ist der Mensch, der einzelne, ihm kommt schließlich jeder Rechtssatz zugute. Vollkommen richtig! [...] Aber das gesellschaftliche Leben, indem es den Menschen durch die Gemeinsamkeit dauernder Zwecke zu höheren Bildungen zusammenfügt, erweitert eben damit die Formen des menschlichen Daseins. Zu dem Menschen als für sich betrachtetem Einzelwesen, als Individuum gesellt es den gesellschaftlichen hinzu, der Mensch als Glied höherer Einheiten. (Jhering 1877: 453, H.i.O.)

Das Verhältnis von Freiheit des Individuums und gesellschaftlicher Determination bildet bei Jhering einen Kreislauf, oder wie er schreibt: „Jeder ist

für sich – Jeder ist für die Welt – die Welt ist für Jeden da.“ (ebd.: 522)²⁸⁰ Wie dieses Verhältnis *in concreto* ausgeformt ist, ist allerdings selbst wiederum abhängig von der gesellschaftlichen Lage (vgl. ebd.: 523).

2.5 Die funktionale Rechtsanalyse

Jhering problematisiert das Verhältnis von Recht und Gesellschaft nicht mehr anhand der Eigenart und des besonderen Werts der Rechtswissenschaft, welche im epistemischen Dispositiv der Repräsentation den notwendigen Bezug des Rechts zur vorausgesetzten, aber letztlich nicht direkt erkennbaren gesellschaftlichen Wirklichkeit garantiert. Er stellt nun vielmehr den Zweck *im* Recht und *des* Rechts in den Mittelpunkt. Das Verhältnis von Recht und Gesellschaft problematisiert Jhering dabei unter dem Gesichtspunkt der gesellschaftlichen Funktion des Rechts. Es geht nun um das Recht der Gesellschaft. Denn Recht sei immer sozial, es habe einen „gesellschaftlichen Charakter“, auch in Form des Privatrechts (Jhering 1877: 519).

Die Funktion des Rechts für die Gesellschaft buchstabiert Jhering für drei Bereiche aus: Erstens geht es um die Funktion des Rechts im Rahmen der Frage nach den Funktionsbedingungen von Gesellschaft. Mit der Bestimmung des Zwecks *im* Recht wird erneut nach der treibenden Kraft im Recht gesucht, d.h. nach jenem genetischen Prinzip, das nicht nur die Rechtsentstehung, sondern auch die „Entwicklungsgeschichte“ des Rechts zu erkennen geben soll. Zur Debatte steht dabei aber nicht mehr der Traditionszusammenhang, sondern die Evolution des Rechts in der Geschichte. Denn der Mensch entwickelt Rechtssätze, von denen er aus Erfahrung gelernt hat, dass das Leben ohne sie nicht funktioniert. Die im Recht gesicherten „Lebensbedingungen“ der Gesellschaft sind gleichsam deren Funktionsbedingungen. Wenn Recht aber in einem solchen Prozess erst entwickelt wird, dann ist es ein Produkt der Tat, und nicht ein Produkt der Natur. Damit ist es geschichtlich, d.h. historisch gemacht und nicht geschichtlich notwendig geworden. Die Rechtsquellenproblematik verweist nicht mehr auf das Problem einer Legitimation des Rechts durch seine Entstehung in der Vergangenheit, die daran anschließend die Vorgaben des römischen Rechts als sichere Ausgangsbasis der wissenschaftlichen Ar-

280 Diese vieldiskutierte Problematik markiert u.a. den Einsatzort der Kritiken an Jherings Position (vgl. hierzu Pleister 1982: 304 ff. m.w.N.) – eine Problematik allerdings, die Jhering keineswegs verhehlt.

beit nehmen kann. Vielmehr entwirft Jhering eine Theorie der Rechtsentstehung und -entwicklung im Sinne einer „realistischen oder teleologischen“ (Jhering 1889: IX) Methode, die das Recht an die Funktionsbedingungen der Gesellschaft rückbindet. Dadurch öffnet es sich der Rechtskritik und der Rechtsfortbildung angesichts eines steten sozialen Wandels bzw. Fortschritts.²⁸¹ Aufgrund der Kontingenz der eigentlichen Grundlage der Rechtsbeurteilung (gesellschaftliche Lage) verschiebt sich in der Auseinandersetzung mit dem Zweck im Recht zudem der Fokus weg vom System und Rechtsinstitut hin zum Rechtssatz, d.h. von den Rechtswissenschaften hin zur Gesetzgebung als willensgerichtete Tat bzw. zur Rechtspflege, die in der richterlichen Anwendung das Recht verwirklicht (vgl. Jhering 1877: 377ff.).²⁸²

Zweitens untersucht Jhering den Zweck *des* Rechts unter der technisch-funktionalen Perspektive einer Zweck-Mittel-Relation: Er beschreibt das Recht als ein spezifisches „mechanisches“ Mittel der Gesellschaft, ihre Ordnung aufrechtzuerhalten. Dieses Mittel definiert Jhering in seiner Theorie des Rechts durch Norm und staatlichen Zwang. Der letzte Punkt kennzeichnet den Unterschied der rechtlichen Normen gegenüber allen anderen Arten von sozialen Normen, da Recht nun nicht mehr als selbstständiger Organismus adressiert wird, sondern in die gesellschaftliche

281 In dieser Öffnung wird der Entwurf einer „Evolutionsgeschichte“ bzw. ein „Modell des sozialen Wandels durch Recht“ gesehen (Luig 1993; Schelsky 1972; s.a. Dreier 1996). Denn durch Internalisierung entwickelt das Individuum ein Rechtsgefühl, das sich wiederum selbst als eine „rechtsschöpfende Kraft“ (Jhering 1894: 27) erweist, nämlich wenn das Rechts- bzw. Gerechtigkeitsgefühl als Grund einer Kritik am Recht herangezogen wird – z.B. wenn ein Bauer gegenüber dem Adel das volle Eigentumsrecht fordert (vgl. Luig 1993: 169ff.). Über das Rechtsgefühl zeigt sich die Möglichkeit der „Kritik des Rechts durch sich selbst“, woraus der Fortschritt des Rechts resultiert (vgl. Jhering 1894). Zur zentralen Rolle des Rechtsgefühls bei Jhering vgl. auch Duxbury 2007.

282 Da das Recht in seiner richterlichen Anwendung dem Gedanken der Zweckmäßigkeit folgt, könne und dürfe die richterliche Tätigkeit nicht als Subsumtionsautomat respektive als „bloße Schablonenarbeit“ (Jhering 1877: 378) verstanden werden. Die Kritik an der irrealen Idee der Urteilsmaschine in der Begriffsjurisprudenz (s.u. § 5.1) verdankt dem *Zweck* seine bildliche Darstellung: „[V]orn wird der Fall in die Urteilsmaschine hineingeschoben, hinten kommt er ohne vorangegangene selbständige Thätigkeit des Richters als Urtheil wieder heraus – ganz wie bei der Ente von Vaucanson, welcher das Problem der Verdauung durch einen Automaten gelöst hatte.“ (Ebd.: 386) Allerdings hat die Rechtspflege die Verwirklichung des Rechts zur Aufgabe – und nicht mehr (vgl. ebd.: 378ff.). Zu Jherings Ansatz der Vermittlung zwischen Richterfreiheit und Richterbindung vgl. Ogorek 1986: 221ff.

Normordnung eingebettet ist, die – egal in welcher Form die soziale Norm erscheint – auf die Sicherung der gesellschaftlichen Ordnung gerichtet ist. Die Bindung des Mittels an den Zweck im Rahmen der Zweck-Mittel-Relation erfolgt über die Analyse der Verwirklichung des gesellschaftlichen Nutzens des Rechts: Erwartungssicherung, Abschreckung und Internalisierung von Normen sind die Stichworte einer solchen Perspektive eines „gesellschaftlichen Utilitarismus“, die in der Dichotomie von Gesellschaft und Individuum die Wirkung im Individuum als Nutzen für den Selbsterhalt der Gesellschaft beschreibt.²⁸³

Drittens problematisiert Jhering die Funktion des Rechts hinsichtlich seines Telos bzw. seiner „*Teleologie des objectiv Sittlichen*“ (Jhering 1883: 105, H.i.O.). Die Sicherung der Lebensbedingungen der Gesellschaft hat nicht nur eine technische Seite, sondern auch eine normative: Es geht um das Wohlsein, das Gedeihen der Gesellschaft. Die Rechtswissenschaft darf sich dieser normativen Seite des Rechts nicht verschließen. Damit sieht sich Jhering aber nicht in einen realitätsfernen Bereich des Sollens verwiesen, sondern bindet in seiner radikal gesellschaftlichen Nutzenanalyse das Sollen im Recht an die Funktionsbedingungen der Gesellschaft zurück. Das normative Ziel sieht er also in der Sicherung der Gegenwart vor einer bedrohlichen Zukunft. Den Nutzen in Bezug auf die Gegenwart (Selbsterhaltung) überführt er in das Sittliche. Aus der Analyse des Seins lassen sich bei Jhering damit letztlich die Kriterien der Sollensbeurteilung bestimmen. Das definiert insofern zugleich die kritische Aufgabe, als sich erst in dieser Perspektive die Frage beantworten lässt, ob etwas sein soll; oder wie Jhering schreibt: „die Beweisbarkeit“ der sittlichen Normen „aus praktischen Gründen“ (ebd.: 129).

Jhering bündelt diese drei Perspektiven im Zweckbegriff.²⁸⁴ Trotz aller Widersprüchlichkeit der jeweiligen Ausrichtungen (gesellschaftliche Funktionsbedingungen, Mittel, Nutzen, Telos) vermittelt der Zweck als Leitka-

283 Über das Spannungsverhältnis von Gesellschaft und Individuum bindet Jhering das Recht an die Person. Insofern sieht Schelsky bei Jhering einen Denkansatz, der sowohl system- wie personfunktional sei (vgl. Schelsky 1972: 73).

284 Eine allgemeine Definition des Zwecks behielt sich Jhering für das 12. Kapitel vor, das allerdings nie veröffentlicht wurde. Insofern ist man auf eine Interpretation angewiesen, die vor der Schwierigkeit der Vielfalt der Verwendungsweisen steht (etwa Aufgabe, Funktion, Motiv, Ziel, Wert, Nutzen etc.). Wischmeyer sieht in dieser Vagheit zugleich das Geheimnis des Erfolges des *Zwecks*, da er dadurch für viele Richtungen anschlussfähig wurde (Wischmeyer 2015: 94f.). Hier wird demgegenüber die Ansicht vertreten, dass die jeweilige Anschlussfähigkeit sich in der Gleichartigkeit der Problematisierungsweise und nicht in der Bedeutungsvielfalt des Begriffs begründet.

tegorie eine einheitliche Problematisierungsweise: Es geht um die Funktion des Rechts für die Gesellschaft.

3. Die Neuverortung der Rechtswissenschaft

3.1 Rechtswissenschaft als Teil der Gesellschaftswissenschaft

All diese Funktionsfragen sind jedoch nur zu beantworten, wenn man weiß, was die Gesellschaft ist. Damit wird genau jene Sphäre zum Ausgangspunkt der Untersuchung des Rechts, deren Erkenntnis in der Historischen Rechtsschule nicht möglich war: die gegenüber Staat und abstrakter Vernunft eigenständige Sozialsphäre, die dort noch „Volkgeist“ hieß, bei Jhering aber nun zur „Gesellschaft“ wird. Hier ist die Frage des Rechts zu klären.²⁸⁵

In der Bestimmung der Gesellschaft schwankt Jhering zwischen einer organischen und einer mechanischen Fundierung. Einerseits erfährt der Vitalismus im Organismusmodell eine Steigerung: Die Gesellschaft ist nicht nur eine objektive Tatsache, sondern sogar ein egoistisches Subjekt, das einen eigenen Willen hat und seine Interessen auf die Selbsterhaltung richtet. Das sei ihr Zweck. Und nur von diesem Zweck her lasse sich die Gesellschaft erkennen und in ihrer Entwicklung erklären. Ausgehend davon entwickelt Jhering aber ein mechanisches Gesellschaftsverständnis, das auf einer Dichotomie zwischen Gesellschaft und Individuen gründet. Die Gesellschaft zeigt sich unter dem Blickwinkel der zweckgerichteten Koordination der Interessen (*societas*) und der Mechanismen der Zweckverwirklichung der Selbsterhaltung („sociale Mechanik“). Die Funktionsanalysen im Zweckdenken werden nicht mehr physiologisch, sondern physikalisch-mechanisch bestimmt. Und die Gesellschaft ist bei Jhering ein Objekt, das solchen allgemeinen Gesetzen wie denjenigen der Mechanik gehorcht.

Aufgrund dieser Perspektivverschiebung erkennt Jhering nun unabdingbare Strukturelemente und Entwicklungsgesetze der Gesellschaft: Die gesellschaftliche Ordnung könne nur durch Normen aufrechterhalten werden, deswegen seien Moral und Recht „unabweisbare[] Lebensbedingungen der Gesellschaft“ (Jhering 1883: XVII). Da jede soziale Norm erst mit der Möglichkeit ihrer Durchsetzung eine praktische Realität gewinnt, las-

285 Schon in den beiden ersten Teilen des *Geists* hatte Jhering dies eingeklagt (vgl. die Nachweise bei Mecke 2008a: 158f.), eine entsprechende Analyse m.E. allerdings erst mit einer Theorie der Gesellschaft im *Zweck* vorgenommen.

sen sich die Normen über die verschiedenen Durchsetzungsmechanismen und -instanzen bestimmen. Zu den in jeder Gesellschaft vorhandenen ‚Verwirklichungsapparaten‘, mittels derer die Gesellschaft die Individuen zur Verwirklichung ihrer eigenen Zwecke anleite, gehören Lohn, Zwang und Sittlichkeit. Alle drei seien absolute Postulate der gesellschaftlichen Ordnung, ohne deren Existenz Gesellschaft schlichtweg undenkbar sei (ebd.: 11).

Da nun nicht der verselbstständigte Organismus des Rechts, sondern die Gesellschaft das eigentliche Objekt der Analyse ist, wird es notwendig, die Rechtswissenschaften neu zu bestimmen: Um das Recht bzw. die Rechtsnormen zu verstehen, bedarf es nach Jhering nicht der historischen Untersuchung im Sinne der Historischen Rechtsschule. Der Traditionszusammenhang vermag nichts über den – ohnehin jeweils historisch-kontingenten – Zweck auszusagen. Damit ist die historische Analyse nicht ausgeschlossen, erst die Einbettung der Norm in der Zeit erlaubt Aufschluss über den jeweiligen Zweck. Allerdings lässt die historische Analyse keine Aussagen über die Zweckmäßigkeit in der Gegenwart zu. Kurz, es gilt für Jhering: „Das reale Interesse der Gegenwart steht mir höher, als das der historischen Erforschung der Vergangenheit“ (Jhering 2009h [1884]: 340). Rechtssatz und Wirklichkeit stimmen nicht notwendigerweise überein. Und zur Überbrückung dieser Kluft ist man auf etwas anderes als die rechtsgeschichtliche Untersuchung angewiesen.

Mit der Hinwendung zu den Interessen, insbesondere auch den Interessen der Individuen, plädiert Jhering aber nicht für eine am Individuum anzusetzende psychologische Analyse. Es ist gerade der ‚soziale Zweck‘ jeden Rechts, der es notwendig mache, eine holistische Perspektive jenseits des Individuums einzunehmen. Daher scheidet im Übrigen auch ein methodologischer Individualismus aus.

Schließlich bedarf es nach Jhering trotz Betonung der normativen Seite des Rechts keiner philosophischen Analyse im Sinne des Vernunft- und Naturrechts – seine Ablehnung der Philosophie ist eindeutig. In seinem Buch sucht er jedoch die Auseinandersetzung mit den Philosophen, was er als philosophische Arbeit, wenn auch ‚mit anderem Gesicht‘ begreift. Er nennt dieses andere Gesicht auch gelegentlich beim Namen: Es handele sich um die Gesellschaftswissenschaft. Denn die Ethik, jene wissenschaftliche Auseinandersetzung mit dem Normativen, sei ein „Zweig der Gesellschaftswissenschaft“, in ihrem richtigen, d.h. praktischen Verständnis sogar die „Königin unter den Gesellschaftswissenschaften“ (Jhering 1883: 123, 132). Ihre „Zwillingsschwester“, die ihren praktischen Zweck aus je eigener fachlicher Perspektive erfüllen, seien „alle diejenigen Disziplinen, die mit ihr auf demselben realen Boden der geschichtlich-gesellschaftli-

chen Erfahrung stehen“ (ebd.: 123). Hierzu zählt Jhering neben der Statistik, der Nationalökonomie, der Politik und der Pädagogik auch die Jurisprudenz, die sich aufgrund ihres Gegenstandes ‚Recht‘ der Ethik von der praktischen Seite des Zwecks her nähere (vgl. ebd.).²⁸⁶ Auch sie sei also eine praktische, d.h. faktisch-normative Gesellschaftswissenschaft. In den Gesellschaftswissenschaften findet die Rechtswissenschaft ihren angestammten Ort.

Die mühsam begründete Autonomie des Rechts als eigener Organismus, der die Autonomie der dogmatischen Rechtswissenschaft entspricht, wird damit angegriffen. Denn es wandelt sich das Verhältnis von Recht und Gesellschaft: Das Recht und die Rechtswissenschaft dienen nicht dazu, die Gesellschaft zu erkennen, sondern es bedarf einer Gesellschaftswissenschaft, um das Recht zu erkennen. Diese wird im *Zweck* zur Leitwissenschaft für die Jurisprudenz (vgl. Schelsky 1972: 59).

3.2 Die Rechtswissenschaft in der Gesellschaftswissenschaft

Jhering reklamiert für sich, das gesellschaftliche Gebiet des Sittlichen als erster der Wissenschaft zugänglich gemacht zu haben. Insofern kann er sich in seinem methodischen Vorgehen nicht auf bereits entwickelte Methoden zur Analyse von sozialen Normen stützen. Seine Lösung des Problems besteht in der Übertragung der juristischen Methode: „Ich habe meine Aufgabe ganz so zu lösen gesucht, als ob sie juristischer Art wäre, und ich glaube hierbei durch die That gezeigt zu haben, in welchem Masse und mit welchem Vortheil sich die juristische Methode selbst bei Dingen nicht juristischer Art verwerthen lässt“ (Jhering 1883: XIV). Sein Ansatz zielt auch außerhalb des Rechts darauf, wissenschaftliche Begriffsarbeit zu leisten. Und nur der juristischen Methode

glaube ich es verdanken zu sollen, wenn es mir gelungen ist, den vielen Begriffen, die mir hier in den Wurf kamen, wie z.B. Höflichkeit, Achtung, Anstand, Aergernisse u. a. m. einen Grad der Klarheit und Sicherheit zu verleihen, die sie den juristischen Begriffen nahe bringt – es steckt darin die spezifische Arbeit des Juristen, vielfach auch eine Verwerthung der spezifisch-juristischen Begriffe (ebd.).

286 Alle zusammen dienen sie der Entwicklung einer „Ethik der Zukunft“, sodass die einzelnen Disziplinen einen pädagogischen Auftrag im Namen des Sittlichen erhalten (vgl. Jhering 1883: 125).

Neben der „genaue[n] Feststellung und Abgrenzung der Begriffe“ zielt Jhering – dem systematischen Verfahren der Rechtswissenschaft analog – auf „den Nachweis ihrer systematischen Gliederung zu einem höheren Ganzen“ (ebd.). Auch im Bereich der Sitten gilt für ihn, dass die Begriffe erst in ihrem systematischen Zusammenhang eine klare Kontur erhalten.

In der Tat ist dieses juristisch-technische Vorgehen in Jherings Untersuchung genau zu erkennen: Erst nach einer grundlegenden Begriffsarbeit – namentlich der Begründung der Gesellschaft „auf deductivem Wege“ (vgl. ebd.: 174ff.), die das Recht als eine spezifische Art der sozialen Normen im gesellschaftlichen Normensystem bestimmt – wendet sich Jhering der empirischen Untersuchung der sozialen Normen zu. Das empirische Material analysiert er anhand der theoretisch gewonnenen Prämisse – der sozialen Zweckgebundenheit jeglicher Normen. Die Begriffe dienen ihm als Folie, die einzelnen Phänomene einzuordnen und dadurch Mode, Brauch, Sitte und Recht etc. in ihrer Spezifik genau bestimmen zu können. Dabei geht Jhering dem empirischen Material zu, seine Theorie zu widerlegen, setzt es aber gerade nicht ein, um die Theorie der Gesellschaft und des gesellschaftlichen Rechts zu entwerfen. Die einzelnen Normen wiederum untersucht er dem Zweckgedanken entsprechend auf ihr qualitatives Moment hin. Wenngleich er gelegentlich das Argument der Zahl, die quantitative Untersuchung, anführt (im Sinne der Verbreitung einer Sitte), erkennt er doch selbst in der Statistik das qualitative Moment des Normativen, d.h. nicht „nackte Thatsachen, sondern praktische sittliche Anforderung an die Gesellschaft“ (ebd.: 126). Letztlich zielt Jhering immer auf eine qualitative Begriffsbildung von sozialen Normen.

Schließlich richtet sich seine Analyse auf ein Sinnverstehen, wie es schon im *Doppelkauf* beispielhaft in Anschlag gebracht wurde: Dort löste er den Fall ausgehend von der Bestimmung des Sinns der römischen Gefahrtragungsregelung. Diesen Sinn wiederum könne man nicht mittels einer Erklärung im Sinne des naturwissenschaftlichen Kausalitätsgesetzes ermitteln. Er sei vielmehr im Rahmen des Zweckgesetzes aller gesellschaftlichen Phänomene über die Beantwortung der Frage nach dem Warum der Rechtssätze offenzulegen. Der Sinn folgt bei Jhering also immer dem Zweckgesetz, d.h. jeder Handlung – auch jeder Gesetzgebung – liegt ein über die Zweck-Mittel-Relation zugänglicher Sinn zugrunde.

3.3 Die Kritik an der „Begriffsjurisprudenz“

Dieses Vorgehen zeigt: Jhering hat kein prinzipielles Problem mit der juristischen Methode, ja er wendet sie auch über das ihr angestammte Gebiet

hinaus an. Nichtsdestotrotz greift er nach den ersten beiden Bänden des *Zwecks* im Jahr 1884 seine Polemik gegenüber der Methode der herrschenden romanistischen Wissenschaft wieder auf und spitzt sie auf ein Schlagwort hin zu: „Begriffsjurisprudenz“ (Jhering 2009h [1884]: 337).

Dieser Angriff richtet sich nicht wie bei Kirchmann gegen die Möglichkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft. Er richtet sich auch nicht gegen die Arbeit mit Begriffen. Denn „[j]ede Jurisprudenz operiert mit Begriffen, juristisches und begriffliches Denken sind gleichbedeutend, in diesem Sinne ist also jede Jurisprudenz Begriffsjurisprudenz, die römische in erster Linie; eben darum braucht der Zusatz nicht erst hinzugefügt werden“ (ebd.: 347). Wenn er trotz dieser Tatsache seinen Angriff unter dem Ausdruck „Begriffsjurisprudenz“ bündelt,

so ist damit jene Verirrung unserer heutigen Jurisprudenz gemeint, welche, den praktischen Endzweck und die Bedingungen der Anwendbarkeit des Rechts außer Acht lassend, in demselben nur einen Gegenstand erblickt, an dem das sich selber überlassene, seinen Reiz und Zweck in sich selber tragende logische Denken sich erproben kann, – eine Arena für logische Evolutionen, für die Gymnastik des Geistes, in der dem größten Denkvirtuosen die Palme zufällt (ebd.).²⁸⁷

Jhering richtet seinen Vorwurf also gegen die Art und Weise der Begriffsbildung. Er wirft der Romanistik – allen voran Puchta – vor, dass sie ihre Begriffe von jeglichem Lebensbezug gereinigt habe, da sie sich nicht für die praktische Brauchbarkeit ihrer Ergebnisse interessiere (ebd.: 345f.). Er meint damit durchaus auch sich selbst, wenn er schreibt:

Aus der niederen Welt des Positiven, die, heute so, morgen so, meinem wissenschaftlichen Bedürfnis, das etwas Dauerndes, Festes, an sich Wahres begehrte, keine Befriedigung gewährte, rettete ich mich in

287 Diese „Gymnastik des Geistes“ mit ihren spezifischen Techniken entfaltet Jhering in seiner Satire „Im Begriffshimmel“, die im Himmel der juristischen Theoretiker spielt: Dort findet er eine Haarspaltemaschine, eine Kletterstange der schwierigen juristischen Probleme, einen Konstruktionsapparat, eine dialektisch-hydraulische Interpretationspresse, eine dialektische Bohrmaschine und vieles mehr. Neben den reinen Begriffen findet sich auch ein anatomisch-pathologisches Begriffskabinett wieder (Jhering 2009g [1884]). Puchta als „Meister und Vorbild der juristischen Methode“ (Jhering 2009h [1884]: 338) sei der erste gewesen, der in den Begriffshimmel gekommen sei (ebd.: 253). Savigny hatte demgegenüber Probleme hineinzugelangen, wurde aber für seine Arbeit über den Besitz doch zugelassen, und seither seien viele gefolgt.

die höhere Welt der in sich ruhenden Begriffe, an welcher die Macht des Gesetzgebers nicht heranreichte. (Ebd.: 342)

Mehr noch: Der Gesetzgeber werde von dieser hohen Warte aus sogar korrigiert. So setzten ihm verschiedene Theoretiker „de[n] Einwand des begrifflich Unmöglichen, Widersinnigen, Verfehlten entgegen[“ (ebd.: 343).

Das „Begriffsvermögen“ der herrschenden romanistischen Wissenschaft zeige sich jedoch letztlich „nicht im Stande [...], die reale Welt zu begreifen – eine einfache geistige Bankrotterklärung“. Das enthält für Jhering zugleich „den unwidersprechlichen Beweis“, dass der Romanist

sich über die wahre Natur der Begriffe, denen er diese Unantastbarkeit vindicirt, nicht klar geworden ist, denn sonst müßte er wissen, daß sie des Positiven und Historischen ebenso viel enthalten, wie das Neue, dem er den Zutritt verwehrt, und daß bloß die Gewohnheit ihm das überkommene Alte in einem andern Licht erscheinen läßt als das Neue (ebd.: 344).

Daher gilt für Jhering:

Es soll und muß anders werden mit unserer romanistischen Theorie, in der bisherigen Weise kann es nicht so weiter gehen, – sie muss ablassen von dem Wahn, als ob sie eine Mathematik des Rechts sei, die kein höheres Ziel kenne, als ein korrektes Rechnen mit Begriffen. (Ebd.: 341f.)

Denn dieses „formalistische“ (Jhering 1889: IX) Vorgehen, dass das Recht und die Rechtsfortbildung „ausschliesslich[“ (Jhering 1883: 101) unter seinem begrifflichen Systemaufbau betrachte, könne nur zu einer Entfremdung von Theorie und Praxis führen, d.h. zu einer Theorie, die „mehr und mehr [...] das Leben aus den Auge“ verliere (vgl. Jhering 2009h [1884]: 357). Mit Hilfe „rein formaler Operationen (Consequenz – Construction – Speculation)“ könne man jedoch niemals „die Wahrheit gewinnen“ (Jhering 1883: 102).

Letztlich geht es auch Jhering also um die Wahrheit. Diese Wahrheit lasse sich aber nur unter Anerkennung der normativen Natur der Rechtsnormen, d.h. des jeweilig historisch-kontingenten Zwecks, finden. Denn wahres Recht, das auf die Gesellschaft in ihrer jeweiligen Gegenwärtigkeit zurückzuführen ist, ist in dieser Sicht auch richtiges Recht.

3.4 Rechtswissenschaft und gesellschaftliche Entwicklung

In Jherings rechtstheoretischen Bemühungen um ein funktional-normatives Rechtverständnis findet sich ein Widerhall gegenwärtiger rechtlicher, aber v.a. auch gesellschaftlicher Entwicklungen. Seine Aufwertung der Gesetzgebung entspricht einer ausgedehnten gesetzgeberischen Tätigkeit seit Ende der 1840er Jahre, und zwar nicht nur auf der Ebene der einzelnen Staaten, sondern ebenso gebietsübergreifend in Form von nationalen Gesetzen. Zwar trübte die gescheiterte Revolution von 1848/1849 die Hoffnung auf Einrichtung nationaler Gesetzbücher. Doch zahlreiche deutsche Staaten setzten die „Allgemeine Deutsche Wechselordnung“ von 1849 in Kraft, und 1861 wurde das „Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch“ des Deutschen Bundes durch alle Staaten eingeführt. Beide Gesetze führt der Norddeutsche Bund im Jahr 1869 wiederum als nun originäre Bundesgesetze ein. Mit der Gründung des Deutschen Reiches im Jahre 1871 werden in der Reichsverfassung die Kompetenzen zur Reichsgesetzgebung festgesetzt. Art 4 Ziff. 13 der Verfassung des Reiches von 1871 legt die Gesetzgebungskompetenz für Strafrecht, Handels- und Wechselrecht, für das gerichtliche Verfahren sowie nur für das Obligationenrecht fest. Es folgen die Reichsjustizgesetze StPO, ZPO, GVG, KO, und nach Ausweitung der Kompetenz des Reiches auf eine zivilrechtliche Gesamtkodifikation wird im Jahr 1874 eine Vorkommission zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches eingerichtet (s. § 4.I.1.). Angesichts dieser voranschreitenden Kodifizierung, die nun auch den Kernbestand des Privatrechts betrifft, muss sich die Rechtswissenschaft also fragen, wie sie sich zur Gesetzgebung verhält. Das Festhalten an einer Position, die eine (Gesamt-)Kodifikation ablehnt bzw. diese Gesetzeswerke nicht umfassend beachtet, würde sie letztlich ins Abseits stellen.

Die Fokussierung auf den Zweck des Recht erscheint auch angesichts der zunehmenden Industrialisierung plausibel, deren gravierende Folgen mit der „sozialen Frage“ seit den 1860er Jahren mehr und mehr ins Bewusstsein gelangen (vgl. Pankoke 1970). Bevölkerungsexplosion, Verstädterung, Veränderung der Arbeitsstrukturen (Zunahme der Lohnarbeit) und damit einhergehend das Aufkommen des Vierten Standes und Pauperismus lassen die Gesellschaft sich selbst zum Problem werden. Die „Selbsterhaltung der Gesellschaft“ wird problematisch, und erneut muss die Frage nach der Rolle des Rechts, seinem Zweck, für diesen Erhalt gestellt werden. Der Verweis auf die tradierten Rechtsvorschriften erscheint fragwürdig, will man das Recht nicht als gänzlich nebensächlichen Faktor in dieser Entwicklung betrachten. Das wiederum leuchtet kaum ein, wenn der wirtschaftliche Verkehr zentral im Privatrecht geregelt wird. Sieht man

vice versa im Privatrecht die Hauptursache für diese Entwicklung, lässt sich aus diesem Grund seine Existenzberechtigung anzweifeln. Schließlich kann die Auslagerung der Problematik aus dem Bereich des Privatrechts, wie ihr ja die aufkommende öffentlich-rechtliche Sozialgesetzgebung begegnet, nur unter der Prämisse befriedigen, dass dem Privatrecht seine zentrale Stellung im Recht abgesprochen wird. Für die Privatrechtswissenschaft gilt es also, angesichts der sozialen Frage einer solchen Diskreditierung des Privatrechts entgegenzuwirken, will sie ihren Stellenwert beibehalten.

Sowohl Gesetzgebung als auch „soziale Frage“ kommen bei Jhering allerdings nur ganz am Rande vor. Nur gelegentlich bezieht er Stellung zu politischen, wirtschaftlichen und sozialen Problemen (vgl. Luig 1993 m.w.N.). Seine einzige explizit ausformulierte Forderung diesbezüglich richtet sich auf die Reform des Rechtsunterrichts, in den die Praxis verstärkt zu integrieren sei (vgl. Jhering 2009h [1884]; Hirsch 1984). Im *Zweck* entwickelt Jhering eine allgemeine Theorie eines gesellschaftlichen Rechts, das von der konkreten Situation unabhängig ist, ihr gegenüber jedoch offensteht. Und seine Polemik richtet sich gegen eine herrschende romanistische Wissenschaft, die die konkrete gesellschaftliche Lage aufgrund ihrer theoretischen Prämissen außer Acht lassen muss: Sie kann in seinen Augen weder neue Gesetze noch gesellschaftlichen Wandel erfassen. Die Rechtstheorie muss sich nicht aufgrund der sozialen Problematik oder der politischen Lage ändern, sondern sie muss mit solchen Problemlagen umgehen können. Das gelingt ihr nach Jhering durch die Hinwendung zum Zweckdenken, das im Rahmen einer Sozialethik das Recht der jeweiligen Gesellschaft unter funktional-normativen Gesichtspunkten im Blick hat.²⁸⁸

Jeglichen Versuchen der systematischen Arbeit der Rechtsdogmatik in der romanistischen Wissenschaft, die gegenwärtige Wirklichkeit zu berücksichtigen, erteilt Jhering mit seiner Kritik eine deutliche Absage. Er erwähnt sie nicht einmal.²⁸⁹ Sie sind für ihn hinsichtlich der Charakterisie-

288 Zur daraus resultierenden Schwierigkeit der politischen Einordnung von Jherings Denken, die vom „ehrlichen Konservatismus“ bis zum „reinen Sozialismus“ reicht, vgl. Luig 1993: 172ff.

289 Genau diesen Punkt hat der Romanist Adolph Friedrich Rudorff im Blick, wenn er gegen Jhering in der Vorrede zu den von ihm fortgeführten *Pandekten* Puchtas schreibt: Jherings Einwürfe ließen „ganz außer Acht, daß Puchta die realen Faktoren der Rechtsbildung, die historischen, politischen, öconomischen, ethischen Elemente, mit einem Wort die ganze lebenskräftige rechtsbildende Vergangenheit des römischen Rechts noch in einem zweiten Hauptwerke so ausführlich wie befriedigend dargestellt hat“ (Rudorff 1877: VIII).

rung der juristischen Technik nicht relevant. Den Vorwurf der Entfremdung vom Leben nimmt er angesichts der oben dargestellten systematischen Bemühungen um die Erforschung des Rechts als „lebendiges Recht“ in der Volksgeistlehre kein Stück zurück. Was er bestreitet, ist also der proklamierte Eigenwert der Rechtswissenschaft, die nicht nur über das Modell des selbsttätigen Rechtsorganismus einen eigenständigen Gegenstand für ihre Rechtswissenschaft postuliert hatte, sondern zugleich versuchte, über die systematisch-dogmatische Arbeit zum Leben im „lebendigen Recht“ vorzudringen. Systematisch-dogmatische – und das heißt nun in Jherings Diktion: rein logisch-formalistische – Arbeit innerhalb eines durch das römische Recht vorgegebenen Bestandes an Rechtsquellen kann keinen Bezug zu Leben und Wirklichkeit garantieren, kann nicht zu der treibenden Kraft im Recht vordringen und verschließt sich gegenüber jeglichem gesellschaftlichen Wandel. Dagegen führt Jhering den Zweck ein, eine Kategorie im Recht, der über die Anbindung an die Gesellschaft der Bezug zum gegenwärtigen Leben inhärent ist und die über ihre unterschiedlichen Funktionsperspektiven die gesuchte Lebensanbindung zu gewährleisten vermag.

Damit wendet er sich in seiner Kritik ganz grundlegend der das Recht fundierenden Ebene der überindividuellen Sozialsphäre zu. Hier liege der Denkfehler. Dem über die Tradition gewachsenen Volksgeist setzt er das Modell einer vergegenwärtigten Gesellschaft entgegen, die der wissenschaftlichen Erkenntnis seine normativen Funktionsmechanismen offenbare. Das ‚Ding‘ Gesellschaft gelangt ins Zentrum der Rechtstheorie, und es ist bei Jhering insofern ‚epistemisch‘, als es epistemische Folgen für die Beurteilung der herrschenden romanistischen Wissenschaft zeitigt. Allerdings bleibt der *Zweck* – wie auch der *Geist* – ein Torso. Jhering vollendet beide Werke nie. Ebenso wenig überführt er die veränderte Rechtsentstehungslehre auf die Ebene der Rechtsdogmatik und -methodik. Nichtsdestotrotz zeigt der *Zweck* im Diskurs der Privatrechtswissenschaften eine immense Wirkung – jedoch über Umwege.

II. Die ambivalente Rezeption des Zwecks (ca. 1880–1900)

Jhering wendet sich mit dem *Zweck* ebenfalls der Fundierung des Rechts in der überindividuellen Sphäre zu. Anders als Savignys Flugschrift *Vom Beruf* macht sein Werk jedoch zunächst eine widersprüchliche Karriere: Während es außerhalb der Rechtswissenschaften, namentlich in der Philosophie (und darüber in der Rechtsphilosophie) sowie in den Sozialwissenschaften eine breite Rezeption findet und innerhalb der Rechtswissen-

schaften in den Staats- und in den Strafrechtswissenschaften eine tiefgreifende Wirkung entfaltet, stehen seine eigentlichen Kollegen, die Privatrechtswissenschaftler, dem *Zweck* äußerst kritisch gegenüber.²⁹⁰

1. Der Erfolg des Zwecks außerhalb der Privatrechtswissenschaft

1.1 Der Zweck in der Philosophie und in den Sozialwissenschaften

Aus der Philosophie werden in der direkten Auseinandersetzung mit dem *Zweck* grundsätzliche Einwände erhoben: Einerseits wird moniert, dass Jhering das Problem der Rechtfertigung des Rechts keineswegs gelöst habe. Denn auch wenn er die materialen Inhalte des Rechts nicht mehr historisch herleite, sondern an die gesellschaftliche Zweckmäßigkeit binde, leite er damit immer noch das Sollen vom Sein ab. Auf diesem Wege könne er nie zu einem verbindlichen, dauerhaften Sollen gelangen (Lasson 1879: 153; ähnlich auch Stammler 1922: 43). Recht könne nicht aus dem Nutzen hergeleitet werden (vgl. Lasson 1879: 149; Eucken 1883: 5339).²⁹¹

Andererseits bleibt in den Augen von Kritikern wie dem Neuhegelianer Alfons Lasson oder den zwischen Idealismus und Phänomenologie zu verortenden Philosophen Rudolph Eucken nicht viel übrig von der angestrebten realistischen Methode. Das liege insbesondere an Jherings Gesellschaftsbegriff: Die Personifizierung der Gesellschaft als Zweckssubjekt des Rechts, jenes Kernelement seines Rechtsbegriffs, sei „phantastisch“ und „inconsequent“ (Lasson 1885: 135; s.a. Sommer 1885: 37f.). Mehr noch: Durch die Verselbstständigung und Personifizierung der Gesellschaft sei Jhering eher dem Idealismus als dem Empirismus zuzurechnen – Idealismus und Utilitarismus bestehen nebeneinander (vgl. Eucken 1883: 5339; Lasson 1885: 132; s.a. Merkel 1893: 30).²⁹²

290 Die Rezeption bzw. Auseinandersetzung mit dem *Zweck* begünstigt natürlich auch der Umstand, dass Jhering mit seinem Ansatz Impulse aus dem wissenschaftlichen Diskurs aufgriff (vgl. hierzu Wischmeyer 2015: 17ff.); zur ambivalenten Reaktion auf den späten Jhering vgl. Rückert 2005: 127ff.

291 Jhering lasse – so Hugo Sommer – nicht nur die Rechtfertigung des Rechts außer Acht, sondern verkenne auch den spezifischen Gehalt der sittlichen Normen, nämlich ihre „Hoheit und Würde“ (Sommer 1885: 43). Sommer kritisiert im Übrigen auch den Begriff des „Idealtypus“, was zwar Jherings Verwendungsweise gänzlich verfehlt, aber gleichsam den Idealtypus im Problemfeld des Sittlichen platziert (vgl. ebd.: 52).

292 Zu diesem Misslingen der Entwicklung eines klaren Gesellschaftsbegriffs s.a. Kühnast 1880b: 154; Sommer 1885: 37ff. Interessant ist Kühnasts Besprechung

Der Germanist, Historiker und Schriftsteller Felix Dahn wendet in seiner monographischen Abhandlung zum ersten Band des *Zwecks* ein, Jhering habe letztlich nur den Mythos der organischen Rechtsentwicklung durch den Mythos der Entwicklung aus dem Zweck ersetzt, d.h. „nur ein[en] Mysticismus („Mechanismus“) an die Stelle des andern („Organismus“) gesetzt“ (Dahn 1879: 219). Er operiere mit einer apriorischen Setzung der Gesellschaft, die er in seiner Begriffsarbeit gerade nicht empirisch herleite. Andererseits negiere er jedes spekulative Prinzip (wie etwa die Dialektik bei Hegel). Dies führe Jhering zu etwas zurück, das er in seiner ganzen Anlage eigentlich bekämpfen wolle: Er verteidigt nach Dahn „das alte – ‚Naturrecht‘ mit dem ‚Societätstrieb‘“ (ebd.: 8).

Jherings Bezug auf die Gesellschaft ist für den Entwurf eines neuen Rechtsbegriffs in den Augen seiner Kritiker missglückt. Der Befreiungsschlag, den Jhering damit anstrebt, führe letztlich zum Gegenteil seines Vorhabens: Er habe keine realistische Methode entworfen,²⁹³ sondern ende in Mystizismus, Idealismus, klassischem Naturrecht – alles Richtungen, gegen die er eigentlich angetreten ist.²⁹⁴

Der Zweck in der Ethik

Gleichzeitig erntet Jhering aber auch Anerkennung dafür, dass er etwas grundlegend Neues auf die Agenda setzt. Denn er habe als erster das Gebiet der Sitte wissenschaftlich erschlossen: „Damit erlangt ein von der Wissenschaft bisher bei aller gelegentlichen Anerkennung ungebührlich ver-

des *Zwecks* insofern, als er das Werk in den Zeitgeist einordnet und es als „antisozialistisch“, „national-ökonomisch“ und „darwinistisch“ kennzeichnet (1880b: 158, 163, 167ff.).

293 Genau die gegenteilige Diagnose fällt später Rudolf Stammler, markiere doch Jhering den „Übergang zur neueren Rechtsphilosophie“, d.h. den juristischen Empirismus (Stammler 1922: 42); aus dem Feld der dogmatisch-methodisch arbeitenden Juristen sehen etwa Alfred Merkel (Merkel 1893: 39) und Ludwig Goldschmidt Jhering als „Vorkämpfer“ der „realistische[n] Richtung in der Jurisprudenz“ an (Goldschmidt 1890b: 187).

294 Aus juristisch-methodischer Sicht sei der *Zweck* kein Angriff auf die lebensfremde juristische Konstruktion, sondern ein Musterbeispiel dafür (vgl. Sommer 1884: 554). Allerdings ordnet der Jurist und Lotze-Schüler Hugo Sommer – wie viele Privatrechtswissenschaftler – Jhering nicht dem Idealismus, sondern dem Positivismus zu (Sommer 1885: 49). Für Ferdinand Tönnies wiederum ist der *Zweck* Ausdruck eines Rationalismus (s.u.; s.a. Hurwicz 1911: 83).

nachlässigtes Gebiet endlich sein Recht.“ (Eucken 1883: 5339; vgl. a. Lasson 1885: 129; Eck 1893: 37)

Nicht nur Jherings gesellschaftliche Herleitung der Sitte, sondern auch die der Moral im Rahmen des gesellschaftlichen Utilitarismus wird als ein neuer Ansatz für die Ethik anerkannt.²⁹⁵ In der in den 1880er Jahren rapide anwachsenden philosophischen Literatur zu diesen Fragen wird der *Zweck* ein immer wichtigerer Bezugspunkt. So befassen sich etwa so unterschiedliche Autoren wie Paul Rée²⁹⁶, Heinrich Steinthal, Christoph Sigwart, Franz Brentano, Wilhelm Wundt, der langjährige Freund von Tönnies Friedrich Paulsen und Wilhelm Dilthey mehr oder weniger intensiv und mehr oder weniger wohlwollend mit Jherings Werk.²⁹⁷ Für alle gilt: Jherings Zweckdenken ist trotz kritischer Einwände für die Fragen der Moral und der Ethik eine Auseinandersetzung wert.

Die Rechtstheorie im *Zweck* erfährt so eine moralisch-ethische Problematisierung auf genuin philosophischem Terrain, das sich zunehmend von den Rechtswissenschaften entfernt. Auf diesem Feld markiert Jhering mit dem *Zweck* – in der Rückschau aus dem Jahr 1912 des Philosophen Friedrich Jodls aus dem Vorfeld des Wiener Kreises – einen Wandel:

Der erste Einbruch einer realistischen und dabei schärfer auf den Kern der Dinge blickenden Behandlungsweise in den Kreis ethischer Probleme geht nicht von einem Philosophen, sondern von einem allerdings mit philosophischem Geiste reichlich ausgestatteten Juristen aus. (Jodl 1912: 553f.)²⁹⁸

295 Genau das bestreitet jedoch Friedrich Nietzsche: Er sieht im „Zweck im Recht“ ein geradezu klassisches Beispiel für die „bisherigen Moral-Genealogien“ (Nietzsche 1887: 12), die auf Zwecke, und nicht auf den Willen zur Macht rekurrieren. Zu Nietzsches Jhering-Lektüre vgl. Kerger 1988: 45ff.

296 Auch wenn Rée sich in *Die Entstehung des Gewissens* explizit nur auf den Geist bezieht, sieht Jhering darin seine Ansichten aus dem *Zweck* verteidigt (Jhering 1970: 87 Anm.); zu den Zusammenhängen zwischen Rée, Nietzsche und Jhering vgl. auch die Hinweise bei Treiber 1993.

297 Siehe Rée 1885; Steinthal 1885: 214ff.; Sigwart 1886: 17; Brentano 1889; Wundt 1892: 113, 115, 118, 120, 573f. u.ö.; Paulsen 1891: 21, 30, 116, 118, 156ff., 573f. u.ö.; Dilthey 1981: 94, 115, 120.

298 Damit wird Jhering im Bereich der Sitten, des Sittlichen und der Ethik jener Realismus zuerkannt, den ihm von anderer Seite für den Bereich des Rechts abgesprochen wurde (s.o.).

Der Zweck und die Kulturwissenschaften

Auch für den gegen Ende des 19. Jahrhunderts erstarkenden Neukantianismus, und hier v.a. für den wissenschaftstheoretisch-erkenntnistheoretischen Streit um die Abgrenzung von Natur- und Kulturwissenschaften, wird der *Zweck* zu einem zentralen Bezugspunkt.²⁹⁹ Anschlussfähig erweist sich insbesondere Jherings Gegenüberstellung von menschlichem Zweck und naturwissenschaftlicher Kausalität.³⁰⁰

Dies zeigt sich insbesondere in Rickerts Dissertation *Zur Lehre von den Definitionen* aus dem Jahre 1888, in der er die Grundlagen seiner Unterscheidung zwischen natur- und kulturwissenschaftlicher Begriffsbildung als Kritik des Methodenmonismus entwickelt.³⁰¹ Ausgangspunkt ist die Untersuchung der Differenz zwischen juristischen und naturwissenschaftlichen Definitionen, gilt ihm doch die juristische Begriffsbildung als wichtigstes Beispiel für die später sogenannte empirische Kulturwissenschaft (vgl. Haferkamp 2007b: 109). Rickert behandelt dabei die Frage, wie die Jurisprudenz es schaffe, für ihre Definitionen der Rechtsbegriffe „wesentliche Merkmale von unwesentlichen [zu] unterscheiden“. Dafür sei – hier greift er Jherings Gedanken auf – „ein Zweck nöthig“ (Rickert 1888: 34).³⁰² Nur unter Berücksichtigung des Zwecks des Rechtssatzes, d.h. eines

299 Rickert verbindet die Bestimmung der Kulturwissenschaften mit einer Kritik am vieldeutigen Begriff der Geisteswissenschaft, wie ihn Dilthey (in Übrigen mit Rekurs auf die Historische Rechtsschule) in der Abgrenzung zu den Naturwissenschaften prominent ins Spiel gebracht hatte (vgl. Rickert 1896, 1899).

300 Vorliegend geht es primär um die Umdeutung des Zweckdenkens in eine Wertlehre, wie sie bei Rickert zu erkennen ist und analog zu Jhering ein verändertes Kausalitätsverständnis impliziert. Damit wird keinesfalls behauptet, dass die Beschäftigung mit dem Problem von Kausalität und Finalität im Diskurs der Philosophie im letzten Viertel des 19. Jahrhunderts auf Jhering zurückzuführen wäre.

301 Vgl. zu dieser Selbsteinschätzung das Vorwort zur dritten Auflage der Dissertation (Rickert 1929: X).

302 Jenseits der Problematisierungsweisen des positiven Rechts in den Rechtswissenschaften bindet Rickert das Recht an den Gesetzgeber. Er zeichnet dadurch ein Idealbild der vom Gesetzgeber erlassenen Rechtssätze (allein diese sind für ihn relevant), die über eindeutig auf die Wirklichkeit beziehbare Begriffe den für ihn ausschlaggebenden Willen des Gesetzgebers erkennen lassen (vgl. Rickert 1888: 30f.). Probleme entstehen dann durch den Wandel der Wirklichkeit, der einen Wandel der Begriffe bedingen kann. Dass genau diese Problematik bereits die älteren Historische Rechtsschule gesehen hatte, die ihr – anders als Jhering – durch die Systematisierung beizukommen suchte, sieht Rickert nicht. Daher kommt er ganz unproblematisch zur teleologischen, zweckorientierten Bestimmung des Rechts.

nicht rein logischen, sondern materialen Gesichtspunktes, sei der juristische Begriff definierbar, nur über ihn lasse sich der Sinn ermitteln und mit der Wirklichkeit vermitteln.³⁰³ Naturforscher weisen demgegenüber zu Recht den Zweckbegriff als Prinzip der Erklärung zurück:

Was für die Jurisprudenz der Zweck des Rechtes war, das ist für die Naturwissenschaft, wenn sie nicht die Sprache als Richtschnur für die Bildung von Begriffen benutzt, entweder eine bloße Klassifikation, die man jedoch nach Möglichkeit zu vermeiden suchen wird, oder die *Hypothese*. (Ebd.: 35, H.i.O.)³⁰⁴

Diese Unterscheidung zwischen dem Zweck des Rechts in der Jurisprudenz als Vorbild der kulturwissenschaftlichen Begriffsbildung (vgl. ebd.: 34) und der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung wird Rickert später wertphilosophisch deuten. Die Differenz erklärt er sachlich und methodisch: „Methodisch ist Natur die Wirklichkeit mit Rücksicht auf das Allgemeine im Gegensatz zum Besonderen, sachlich dagegen die Wirklichkeit abgesehen von allen Werthbeziehungen im Gegensatz zur Kultur.“ (Rickert 1896: 589)

303 Emil Lask, Schüler von Rickert, – betont diese Übernahme des Jhering'schen Gedankens bei seinen Lehrern: „Mit Benützung Ihering'scher Gedanken hat Rickert den Zweck des Rechts als Prinzip der im juristischen Sinne ‚wesentlichen‘ Begriffsmerkmale bezeichnet, und G. Rümelin sowie Zitelmann haben darauf hingewiesen, daß hier wie stets der Wissenschaft die Aufgabe erwächst, die unbestimmte Allgemeinheit des vorwissenschaftlichen Denkens zu überwinden. Die Methodologie wird in Zukunft noch genauer zu ergründen haben, wie der Jurisprudenz, der doch begriffliche Exaktheit nachgerühmt wird, dieser Präzisionsprozeß gerade in den Schranken der wert- und zweckbeziehenden Methode gelingt.“ (Lask 1905: 35f.).

304 Bezogen auf die Jurisprudenz als Teil der Kulturwissenschaft wendet sich Rickert damit scharf gegen den juristischen Naturalismus, der davon ausgehe, „dass ebenso wie die Naturwissenschaft mit den Gesetzesbegriffen zum unbedingt Allgemeinen vordringt und in ihm das wahre Wesen der Dinge findet, es auch möglich sei, in dem positiven gegebenen historischen Rechte das Wesentliche vom Unwesentlichen durch Bildung eines allgemeinen Begriffes zu scheiden und dadurch zur allgemeinen ‚Natur‘ des Rechtes vorzudringen“ (Rickert 1896: 729). Die – mit Jhering gesprochen – naturwissenschaftliche Idee des Kausalitätsgesetzes, derzufolge man über die Begriffsbildung zum wahren Kern des Rechts vordringe, habe im Bereich des historischen Rechts, das immer „Produkt der geschichtlichen Kulturentwicklung“ (ebd. 30) sei, keinen Erklärungswert. Der im juristischen Naturalismus des Naturrechts enthaltenen Frage nach der Normativität des Rechts begegnet Rickert mit dem Hinweis auf einen formalen normativen Rechtsbegriff (ebd.: 733), den sein Schüler Emil Lask in der Bestimmung der Rechtsphilosophie als Rechtswertbetrachtung ausbuchstabieren wird (s.u.).

Das Zweckdenken im Recht, das nach Rickert die Jurisprudenz zum Vorbild für kulturwissenschaftlichen Begriffsbildung werden lässt,³⁰⁵ findet auf diesem Weg eine erkenntnis- und wissenschaftstheoretische Einbettung, die in eine Debatte um die Eigenart der Kulturwissenschaft mündet. Jherings *Zweck* deutet Rickert normativ als Telos, was den Weg zur Wertlehre ebnet, und die sein Schüler Lask im Rahmen seiner Rechtsphilosophie für das Recht ausbuchstabieren wird (s.u. § 3.II.1.3).

Der Zweck in den Sozialwissenschaften

In der philosophischen Rezeption des Zweckdenkens ist ein Spannungsverhältnis zwischen Empirie und Telos bzw. zwischen gesellschaftlicher Faktizität und Normativität zu erkennen, wie es sich auch in der sozialwissenschaftlichen Auseinandersetzung mit dem *Zweck* abzeichnet.

Jhering schreibt den *Zweck* in einer Zeit, in der sich die Jurisprudenz verstärkt für die Nationalökonomie interessierte (vgl. Hansel 2006: 10ff.; Hofer 2000; Hofer 2001: 107ff.; Wilhelm 1979: 27ff.). Immer öfter wurde ab der Mitte des 19. Jahrhunderts eingeklagt, dass die Bedürfnisse der Zeit nur mit Blick auf das Verkehrsleben – und damit mit Blick auf die Erkenntnisse der Nationalökonomie – bestimmt werden könnten. Wer die Bedürfnisse der Zeit geltend macht, wertet die Gegenwart auf. Daher erscheint es in den Rechtswissenschaften zunehmend plausibel, das Privatrecht mit Blick auf die gesellschaftlichen Strukturen, und d.h.: auf die Strukturen und Gesetze des Verkehrs, zu erklären.³⁰⁶ So gab etwa der Jurist Wilhelm Endemann in einer Rede aus dem Jahr 1864 zu bedenken: „Wer

305 Eine ähnliche Aufwertung der Rechtswissenschaft (unter Aufwertung des Zweckgedankens) ist bei Hermann Cohen, einem der Hauptvertreter des Marburger Neukantianismus, festzustellen: Er erkennt in der konstruktiven Begriffsbildung der Rechtswissenschaft eine Vorbildfunktion für die Logik der Geisteswissenschaften (vgl. Quensel 2007: 99 m.w.N.). Nach Quensel sind Anschlüsse Max Webers eher an Cohen als an Lask bzw. Rickert zu suchen (ebd.). Vorliegend geht es aber nicht um diese an einzelnen Personen nachzuzeichnenden Rezeptionslinien, sondern um die Einbettung Webers in die Problematisierungsweisen von Recht und Gesellschaft, wie sie sich in Anschluss an Jherings *Zweck* wandeln.

306 Vgl. die Nachweise etwa zu Heinrich Dankwardt, Burkhard Leist, Wilhelm Arnold, Karl Gareis und Otto Gierke bei Hofer 2000; 2001: 107ff. (daher sieht Johan Valkhoff in Dankwardt, Arnold und Leist Wegbereiter der Rechtssoziologie, Valkhoff 1972). Nach Sibylle Hofer hatte diese Perspektivverschiebung nur bedingt Auswirkungen auf die Prinzipien Diskussionen in den Privatrechtswissen-

will [...] das Recht, welches den Verkehr mit materiellen Gütern in irgend einer Form zum Gegenstande hat, in seinen inneren Ursachen anders erfassen, als durch die Kenntnisse, welche den Inhalt der Nationalökonomie bilden.“ (Endemann 1864: 43) Damit holt er die soziale Sphäre aus der Verdunklung der Historischen Rechtsschule hervor – genau jenes Unterfangen, das Jhering später in seinem *Zweck* anstrebt. Allerdings bleibt umstritten, welcher der beiden Disziplinen hier eine Leitfunktion zukommt.³⁰⁷

Diese Aufwertung der Sozialsphäre als eigenständiges Objekt der wissenschaftlichen Untersuchung, die bei Jhering zu vereinzelt Verweisen auf Erkenntnisse der Nationalökonomie führt (vgl. Jhering 1877: 511), aber letztlich in die Forderung einer „gesellschaftswissenschaftlichen“ Ausrichtung der Rechtswissenschaft mündet,³⁰⁸ öffnet die Rechtswissenschaft für den Kreis der „Sozialwissenschaften“ (Menger 1883). Jhering verweist seitens der Rechtswissenschaft auf einen Interferenzraum zwischen Rechtswissenschaft und Nationalökonomie. *Vice versa* fragt zu dieser Zeit auch die Nationalökonomie verstärkt nach den Wechselwirkungen von Wirtschaft und Recht (z.B. Roscher, Schmoller, Wagner, Böhm-Bawerk; vgl. Hansel 2006: 10ff.; Hofer 2000, 2001: 107ff.; Wilhelm 1979: 27ff., jeweils

schaften (vgl. Hofer 2001: 107ff.), obwohl Juristen insbesondere die Frage der Sozialgebundenheit des Eigentums (als Kern des Privatrechts) seit der Mitte des 19. Jahrhunderts des Öfteren auch mit Blick auf die nationalökonomischen Erkenntnisse diskutierten (vgl. Wilhelm 1979).

307 Für die Leitfunktion der Nationalökonomie plädieren etwa die Nationalökonom Wilhelm Roscher und Carl Dietzel, der Staatswissenschaftler Lorenz von Stein, aber auch die Juristen Heinrich Dankwardt und Wilhelm Endemann; für die führende Position der Jurisprudenz wiederum etwa der Jurist Wilhelm Arnold (vgl. Hansel 2006: 11ff.). Zum (mangelnden) Forschungsstand des Interferenzraumes zwischen Nationalökonomie und Jurisprudenz in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts vgl. ebd.: 41ff.; zur Interferenz zwischen Nationalökonomie und Jurisprudenz zwischen 1900 und 1933 vgl. die Beiträge in Nörr et al. 1994 sowie Schütze 1998.

308 Die positiven Verweise sind auch deshalb bei Jhering nur vereinzelt anzutreffen, da er der Nationalökonomie eine andere Aufgabe als der Jurisprudenz zuspricht. So schreibt er etwa mit Blick auf die gesellschaftlich notwendige Einrichtung des Verkehrs: „Die nationalökonomische Seite der Frage liegt meiner Untersuchung gänzlich fern, letztere ist ausschliesslich sozialer Art, d.h. mir kommt es nur darauf an, auf welchen Einrichtungen für die Gesellschaft die Sicherung der Befriedigung des individuellen Bedürfnisses beruht, nicht aber darauf, nach welchen Gesetzen sich die Verkehrsbewegung reguliert.“ (Jhering 1877: 105; s.a. 140f. u.ö.).

m.N.).³⁰⁹ Daher erstaunt auch nicht die ausdrückliche Zustimmung des Nationalökonom Adolph Wagner zum *Zweck*:

Unter den *Juristen* hat kein Geringerer als der grosse Romanist von *Ihering*, in Anknüpfung an sein berühmtes Werk „Geist des römischen Rechts“, in seinem Buche „der Zweck im Recht“ [...] eine meiner „socialrechtlichen“ ähnliche Auffassung des Rechts und seines Verhältnisses zum Wirtschaftsleben vertreten. (Wagner 1892: 45)³¹⁰

Dass explizit auf die Zwecklehre Jherings zurückgegriffen wird, um in den älteren Methodenstreit zwischen historischer Schule der Nationalökonomie und Grenznutzenlehre zu intervenieren (vgl. Dargun 1885), überrascht ebenso wenig.³¹¹ Denn das Zweckproblem liegt schon bei Jhering an einer dreifachen Kreuzung: individuelle Zwecke werden mit kollektiven Zwecken verbunden; Zwecke sind nicht nur historisch-kontingent, sondern verweisen auch auf objektive Lebensbedingungen der Gesellschaft; und drittens geht es um das Problem der Verbindung von Faktizität und normativen Telos – womit insbesondere in der späteren historischen Nationalökonomie gerungen wird (vgl. Nau 1996).

In diesem Diskurskontext wird Jherings *Zweck* auch für die sich als eigenständige Disziplin formierende Soziologie zu einer zentralen Referenz: Auch sie setzt sich mit Fragen von historischer Kontingenz und Strukturgesetzlichkeit der Gesellschaft, von Faktizität und Normativität sowie Individualismus und Holismus gerade mit Blick auf den Normtypus Recht auseinander – aber dazu im zweiten Teil dieses Buches.

1.2 Der Zweck in den Staats- und Strafrechtswissenschaften

Nicht nur außerhalb, sondern auch innerhalb der Rechtswissenschaften erfährt der *Zweck* eine positive Rezeption, die deutliche Spuren in den epis-

309 Seit den 1860er Jahren kritisiert die Historische Schule der Nationalökonomie das römische Recht zunehmend als „unsozial“ (vgl. Hofer 2001: 77ff.).

310 In der dritten Auflage der *Grundlegung* verweist Wagner zudem auf Jherings Lehre der Hebel der sozialen Bewegung (Wagner 1892: 45) und analysiert nun die egoistischen und unegoistischen Motive des wirtschaftlichen Handelns (ebd.: 86ff.).

311 Der Jurist Lothar von Dargun legt eine „sociologische Studie“ vor, die im Gefolge von Jherings *Zweck* gegen die Vorherrschaft des Individual-Egoismus auf die Rolle des Altruismus hinweist (Dargun 1885; vgl. Wagner-Hasel 2000: 36f.). Dies wird Spuren bis in den Anarchismus hinterlassen (vgl. Kropotkin 2012 [1902: 324]).

temischen Strukturen der rechtswissenschaftlichen Teilgebiete hinterlässt und ebenfalls das Spannungsverhältnis zwischen gesellschaftsfunktional-empirischer und teleologischer Zweckbestimmung erkennen lässt.

Der Zweck in der Staatslehre

Im Bereich des Staatsrechts würdigt insbesondere Georg Jellinek Jhering als den „führenden Meister vertiefter Erforschung der Rechtsidee“ (Jellinek 1892: Widmung), auch wenn er stets eine kritische Distanz wahrt (vgl. Wischmeyer 2015: 95; 117ff.).

Ausgangspunkt ist eine dem *Zweck* ähnlich gelagerte Aufwertung der gesellschaftswissenschaftlichen Betrachtungsweise für die Rechtswissenschaft: Kurz nach Erscheinen des ersten Bandes des *Zwecks* bestimmt der dem Neukantianismus nahestehende Jellinek unter scharfen Abgrenzung zur naturwissenschaftlichen Betrachtungsweise die Fundierung aller sozialen geistigen Phänomene – damit auch des Rechts – in der Gesellschaft.³¹² Damit rückt die Sozialwissenschaft an die Spitze der Disziplinen (vgl. Jellinek 1878: 11f.). Jellinek fragt dabei wie Jhering nach der „soziale[n] Funktion“ des Rechts (Jellinek 1905: 49): Das Recht stelle als sozialer Normenkomplex objektiv „die *Erhaltungsbedingungen* der Gesellschaft“ (Jellinek 1878: 42) dar. Den Zusammenhang von imperativer Norm, Sicherung der Gesellschaft durch soziale Steuerung und Zweck formuliert er ebenfalls ganz ähnlich:

Dass dem Rechte der Zweck innewohnt, einen bestimmten Zustand der Gesellschaft zu erhalten, indem es ein zu dessen ungestörter Existenz notwendiges Gut durch befehlende oder verbietende Normen für das menschliche Handeln schützt, ist ein Satz, der eines strikten Beweises kaum bedarf. (Ebd.: 43)³¹³

Aufgrund dieser gesellschaftsfunktionalen Perspektive setzt auch Jellinek den Zweck im Recht zentral.³¹⁴ Aber anders als Jhering bilden die individuellen Zwecke, und nicht die Arbeit am Begriff der Gesellschaft, den

312 Zu Jellineks Verhältnis zur neukantianischen Erkenntnistheorie vgl. Lepsius 2000; zu Georg Jellinek vgl. insbesondere Kersten 2000.

313 Recht sei insofern das „ethische Minimum“, das zum Erhalt des Gesellschaftszustandes notwendig sei (Jellinek 1878: 42). Allerdings lehnt Jellinek das Kriterium des Zwangs zur Qualifikation einer Norm als Rechtsnorm ab (vgl. ebd.: 50 f.).

314 Dabei verortet Jellinek das eigentliche sozialwissenschaftliche Problem in der Erkenntnis des Zweckwandels, der zu einer Differenz von ursprünglichen Zwe-

Ausgangspunkt seiner Untersuchung.³¹⁵ Da jeder individuelle Willensakt nach Jellinek einen Inhalt, und d.h.: einen Zweck hat,³¹⁶ ließen sich die Erscheinungen anhand der individuellen Zwecke typisieren, ordnen und verstehen (vgl. Jellinek 1905: 171). Oder, wie er an anderer Stelle schreibt: „Ohne Anwendung der Zweckkategorie ist es überhaupt gar nicht möglich in die Willensäußerungen des Menschen Sinn und Ordnung zu bringen.“ (Jellinek 1892: 24) Wenn also soziale Phänomene – wie das Recht – bei Jellinek zum „Reiche der Zwecke“ (Jellinek 1878: 12) gehören, dann rückt er die zweckorientierte individuelle Handlung in den Mittelpunkt. Daher weicht er von Jherings holistischer Perspektive ab – und weist für die juristische Arbeit damit dem subjektiven Recht einen maßgeblichen Stellenwert zu (vgl. Wischmeyer 2015: 127f.).³¹⁷

Auch auf erkenntnistheoretischer Ebene besteht eine grundlegende Differenz zu Jhering. Jellinek führt eine Unterscheidung in der Erkenntnisart des Rechts als soziales Phänomen ein: Zwar gehe es, wie er später ausführt, in den Sozialwissenschaften im Gegensatz zu den Naturwissenschaften immer um Typenbildung, die für die juristische Arbeitsweise geradezu charakteristisch sei.³¹⁸ Man könne das Recht dann aber zum einen aus der Perspektive der theoretischen (erklärenden) Sozialwissenschaft betrachten, d.h. einer Wissenschaft, die jenseits jeglicher Wertungen nach dem Sein

cken des Rechts und gegenwärtigen Zwecken führen kann. Damit verbindet er eine harsche Kritik an der Historischen Rechtsschule, die aufgrund ihrer Verankerung in der Vergangenheit einen gegenwärtigen Zweckwandel gar nicht zu erkennen vermag (vgl. Jellinek 1905: 44ff.)

- 315 Da das Individuum, die „Grundlage aller sozialer Erscheinungen“ (ebd.: 28), sich niemals berechnen lasse, seien umfassende Erkenntnisse sozialer Gesetze unmöglich. Bedingungen für den Erhalt der Gesellschaft sind nach Jellinek nur soweit relevant, soweit sie vom menschlichen-individuellen Willen abhängig sind (Jellinek 1878: 42).
- 316 Auf der Kontingenz dieser (individuellen) Zwecke beruht die Differenz zwischen Natur und Sozialem, was eine notwendige Differenzierung der naturwissenschaftlichen und der sozialwissenschaftlichen Erkenntnis bewirkt (vgl. Jellinek 1905: 26ff.).
- 317 Die Hinwendung zum methodologischen Individualismus speist sich auch bei Jellinek aus der garantierten Einheit im Organismus, ist doch die „teleologische Einheit“ in der „durch dauernde Zwecke miteinander verbundenen Vielheit“ nicht nur in der sozialen Welt erkennbar, sondern auch in der Natur, wie dies im Organismusbegriff zum Ausdruck gebracht werde (ebd.: 171).
- 318 Jens Kersten verweist zu Recht darauf, dass die Staatslehre schon vor Jellinek mit dem Typus-Begriff gearbeitet habe. So bezog man sich auf „generelle Typen“ (etwa Gierke), „Prototypen“ (z.B. Hänel), „Grundtypen“ (z.B. Schmidt) sowie auf die Differenz von „Typen-“ und „Gattungsbegriff“ (Schmitt; vgl. Kersten 2000: 102 m.N.).

dieser Zwecke und Werte frage (vgl. Jellinek 1878: 13f.). Man könne (und müsse) es aber ebenso von der Warte einer praktischen Sozialwissenschaft wie der Jurisprudenz aus untersuchen. Letztere sei die spezifische Perspektive der „Gesammtheit der juristischen Wissenschaften“, insofern „sie die Brauchbarkeit der Rechtssätze und die Art und Weise ihrer Anwendung auf concrete Rechtsverhältnisse prüfen“ (ebd.: 14).³¹⁹ Ihre wissenschaftliche Methode richte sich auf diese praktische, wertende Seite, ohne jedoch selbst eine Wertung zu sein (vgl. ebd.: 13).³²⁰ Es gebe also in Bezug auf das Recht einen Dualismus der Methode: eine auf das reale Sein und eine auf das Sollen des Rechts gerichtete Betrachtung, der die Unterscheidung zwischen empirischer Seinswissenschaft („Kausalwissenschaft“) und rechtswissenschaftlicher „Normwissenschaft“ entspricht (Jellinek 1905: 19ff.). Für letztere gelte:

Allein der dogmatische Gehalt der Rechtsnormen kann nur durch die ausschließlich vom Juristen geübte Kunst der Abstraktion aus den rechtlichen Erscheinungen und der Deduktion aus den also gefundenen Normen geübt werden. Diese Rechtsdogmatik ist durch andersgeartete Wissenschaft nicht zu ersetzen. (Ebd.: 49)

319 Im staatsrechtlichen Diskussionskontext zu dieser Zeit steht – anders als im Privatrecht – in der Debatte um Zwecke die Abgrenzung zur Politik im Vordergrund (vgl. Wischmeyer 2015: 99ff.). Zudem wendet sich eine Reihe von Autoren seit den 1880er Jahren einer explizit soziologischen Betrachtung des Staates zu, und darüber auch der Rechtsordnung (z.B. Ludwig Gumplowicz, Gustav Ratzenhofer, Franz Oppenheimer), was jedoch zu Problemen der juristischen Anschlussfähigkeit führte (vgl. Stolleis 1992: 444ff. m.w.N.; zu den Anschlüssen der Soziologie an diese Richtung vgl. Käsler 1984). Aus dieser Entwicklung in den Staatswissenschaften resultiert die Spannungslage zwischen Faktizität und Normativität, der Jellinek mit seiner – von Kelsen kritisierten – Zwei-Seiten-Lehre (des Staates) und seiner Rechtsgeltungslehre begegnete (Stolleis 1992: 454). Das Ordnungsproblem, das sich entlang der individuellen Freiheit entspannt, wird jedoch im Privatrecht verortet (vgl. § 4).

320 Jellinek umschreibt diesen Unterschied zwischen erklärender-theoretischer und praktischer Wissenschaft später anhand der Zielsetzung: erstere wolle „Regeln ihres Zusammenhangs aufweisen“, letztere „ihre Verwendbarkeit für praktische Zwecke lehren“ (Jellinek 1905: 6). Allerdings unterscheide sich die Rechtswissenschaft von der Politik als Prototyp der praktischen Wissenschaft (vgl. ebd.: 13ff.) über den unterschiedlichen Charakter der zugrunde liegenden Normen. Während politische Normen nur kraft freier Anerkennung (empirische) Geltung erlangen könnten und daher immer bezweifelbar seien, seien die Rechtsnormen geltende, d.h. in Kraft stehende Normen, denen Garantien zur Erfüllung zur Seite stünden. Recht hat eine reale Macht, d.h. ein empirisches Substrat (ebd.: 20).

Die Rechtslehre bleibt der juristischen Konstruktion verpflichtet, ist aber, um Einseitigkeiten zu vermeiden, mit der Analyse des Sozialen, insbesondere der faktischen Rechtsgeltung, zu vermitteln.³²¹

Mit der Festlegung der Rechtswissenschaft auf die in der Deduktion liegende wertende Anwendung werde man jedoch nicht auf das spekulative Naturrecht verwiesen. Denn auch wenn man sich dem Bereich der Ethik zuwende, handle es sich doch nach wie vor um ein gesellschaftliches Phänomen, das es zu bestimmen gelte. Oder, wie man in Anlehnung an Jellineks spätere Aussagen formulieren kann: Es geht nicht um den „Idealtypus“ als Sein-Sollendes (Jellinek 1900: 32), der wie im Naturrecht auf spekulativem Weg oder durch spekulative Verabsolutierung vorfindlicher Elemente gewonnen wird (und der einen letztlich in den Bereich der Politik verweist, vgl. ebd.: 32f.).³²² Wissenschaftliche Arbeit kennzeichne sich vielmehr durch die Untersuchung des „Durchschnittstypus“ (ebd.: 33) aus,³²³ d.h. von Typen, die real existieren. Sie werden aus den in der Empirie mittels Abstraktion über Vergleichung und Analogiebildung induktiv gewonnenen gemeinsamen Merkmale gebildet (vgl. ebd.: 33f.). Aufgrund dieser Bindung an das soziale Sein, das sich beständig im Wandel befinde, handle es sich um dynamische Typen. Das gelte auch für ethische Normen: Nach Jellinek ist nur eine empirische Ethik relevant, die sinnvollerweise nur als gesellschaftliche, d.h. als Sozialethik, begriffen werden könne (Jellinek 1878: 15ff.).

Trotz der Aufwertung der Gesellschaft³²⁴ und damit der Sozialwissenschaften für die Rechtsbetrachtung, die wie bei Jhering in eine empirische Fundierung ethischer Normen mündet, markiert Jellineks Verdopplung

321 Auf der Basis der strikten Trennung von Sein und Sollen versucht Jellinek, zwischen Faktizität und Normativität zu vermitteln. Das bringt ihm unter anderem die Kritik von Kelsen, Radbruch und Weber ein (vgl. hierzu insbesondere Kersten 2000: 102ff.).

322 Jellinek verwendet den Begriff des Idealtypus also ähnlich wie Jhering (s.o. § 3.1.2.3). Zur Entwicklung der Typenlehre bei Jellinek vgl. die kritische Darstellung bei Kersten 2000: 102ff.

323 Zur Kritik an den Widersprüchen in Jellineks Typenlehre, wie sie ihm auch seine Zeitgenossen ankreideten, vgl. Kersten 2000: 118ff. Offensichtlich auf Webers Kritik am Begriff des Durchschnittstypus im *Objektivitäts*-Aufsatz reagierend ändert Jellinek in der zweiten Auflage der *Allgemeinen Staatslehre* die Bezeichnung und spricht fortan von „empirischen Typen“ (Jellinek 1905: 35). Zugleich stellt er klar, dass der empirische Typus nichts mit dem statistischen Durchschnitt zu tun habe (vgl. Kersten 2000: 135f.).

324 Diesbezüglich verweist Jellinek später auch auf Jherings Untersuchung des Gesellschaftsbegriffs (vgl. Jellinek 1905: 81 Anm. 2).

der Betrachtungsweisen des Rechts eine eindeutige Differenz: Der Zweck im Recht kann (und muss) zwar sozialwissenschaftlich erforscht werden. Doch gilt im Gegensatz zu Jhering: „Der Zweck ist gewiss der ‚Schöpfer des Rechts.‘ Aber es ist ein methodisch logischer Fehler, den Schöpfer mit dem Geschöpf zu confundiren.“ (Jellinek 1887: 192 Anm. 4) Vom Sein könne man nicht auf das Sollen schließen, auch wenn die Genese des Sollens gesellschaftlich rückgebunden sei. Der Zweck als gesellschaftliche Funktion lasse sich nicht in den Zweck als normatives Telos überführen. Die Frage der Rechtsentstehung sei mithin von der Frage der rechtswissenschaftlichen Arbeit zu trennen. Anders formuliert: Der Zweck *des* Rechts ist vom Zweck *im* Recht zu unterscheiden. Für beide Zweckformen bedürfe es unterschiedlicher Methoden, die auf einem grundlegenden Unterschied in der Perspektive auf das Recht basieren. Die (erklärende bzw. theoretische) Sozial- bzw. Gesellschaftswissenschaft könne daher nicht als Leitdisziplin der Rechtswissenschaft fungieren, sondern stelle eine – wenn auch notwendige – Ergänzung der autonomen Rechtswissenschaft dar (vgl. Jellinek 1905: 49f.).

Über die einflussreichen Arbeiten Jellineks (vgl. Kelsen 1922: 115) gelangt das in der Theorie der Gesellschaft fundierte Zweckdenken Jherings in die Staatswissenschaften. In der Staatsrechtslehre bzw. im Öffentlichen Recht, das sich Ende des 19. Jahrhunderts und Anfang des 20. Jahrhunderts aus den Staatswissenschaften ausdifferenziert, wird der Zweck v.a. als normativer Telos problematisiert.³²⁵ Die Spannung zwischen Faktizität und Normativität im *Zweck* wandelt sich hier – wie in den Privatrechtswissenschaften – in ein wissenschaftstheoretisches Problem (s.u. § 5.IV.2). Und genau dies führt bei Jellinek zu einer Aufspaltung in theoretisch-erklärende und praktische Sozialwissenschaft.

325 Michael Stolleis erkennt in den 1880er Jahren im Bereich des Öffentlichen Rechts die Heraufkunft des Interventionsstaates, dessen wichtigstes Kennzeichen das Vordringen des Zweckmoments sei: „Intervention bedeutet gezielte, zweckgeleitete Einflußnahme durch Recht. Das Recht ist insoweit Mittel, nicht Selbstzweck.“ (Stolleis 1989: 140). Er betont dabei die Rolle des gesellschaftlichen Wandels, wenn er schreibt: „Reichsgründung, Verwaltungsreformen, Verwaltungsgerichtsbarkeit und Industrialisierung wirkten also in eine Richtung, die da lautete: rechtliche Ordnung der technischen Neuerungen, der neuen Energieträger und Transportmittel, rechtliche Bewältigung der Bevölkerungsvermehrung und der Wanderung in die industriellen und städtischen Zentren, Bewältigung der Sozialen Frage mit Hilfe einer neuen Großbürokratie, Bewältigung des über herkömmliche Wirtschafts- und Unternehmensformen hinauswachsenden Industriekapitalismus, und dies alles durch neues Öffentliches Recht.“ (Ebd.: 138).

Der Zweck im Strafrecht

Seine unmittelbarste Wirkung entfaltet der *Zweck* jedoch im Strafrecht. Bereits im Jahr 1882 überträgt der Jhering-Schüler Franz von Liszt den Zweckgedanken ins Strafrecht: „Im Rechte steckt der Zweckgedanke; er ist das Wesen des Rechts.“ (Liszt 1905 [1882]: 144) Diesem „Grundgedanke[n] der Iheringschen Auffassung“ (ebd.) folgend könne man die Rechtsstrafe nicht (mehr) als Triebhandlung (etwa Rache oder Sühne), sondern müsse sie als Willenshandlung verstehen.³²⁶ Damit öffnet sich der Strafgedanke nicht nur der rationalen Begründung, sondern auch der empirischen Untersuchung unter der Perspektive des Strafzwecks:

Aber die Entwicklung der rechtlichen und sittlichen Norm, die Abschätzung der Handlung in ihrem rechtlichen und sittlichen Wert, die Reaktion in der Form der objektivierten Rechtsstrafe ist bedingt durch die Erfahrung und durch den in ihr gewonnenen Zweckgedanken. (Ebd.: 145)

Im expliziten Rekurs auf Jhering hatte Liszt bereits 1881 das Verbrechen bestimmt als „die von Seiten der Gesetzgebung konstatierte Gefährdung der Lebensbedingungen der Gesellschaft“ (Liszt 1881: 12). Außerdem habe die Strafe den Zweck, die Existenz der Gesellschaft zu schützen. Sie sei als „Form des Rechtsgüterschutzes zweckbewußte Schöpfung und zielbewußte Funktion der staatlichen Gesellschaft“ (Liszt 1905 [1882]: 126).³²⁷ Die Strafe habe sich in Art und Maß nach diesem Zweck zu richten (vgl. Liszt 1881: 4). Strafrechtliche Gerechtigkeit werde dadurch an die gesellschaftlich definierte Notwendigkeit der Strafe gebunden: „Die richtige, d.h. die gerechte Strafe ist die notwendige Strafe. Gerechtigkeit im Strafrecht ist die Einhaltung des durch den Zweckgedanken erfordernten Strafmaßes.“ (Liszt 1905 [1882]: 161)

³²⁶ Zu weiteren Quellen des Zweckgedankens bei Liszt vgl. Kreher 2015.

³²⁷ Es klingt geradezu wie eine Zusammenfassung des *Zwecks*, wenn von Liszt schreibt: „Das Recht bezweckt den Schutz derjenigen Interessen, zu deren Schutz und Förderung die Einzelnen zur staatlichen Gemeinschaft zusammengetreten sind; wir können diese vom Recht, dem Gesamtwillen der Gemeinschaft, geschützten Interessen als Rechtsgüter bezeichnen. Das Recht erreicht seinen Zweck, Rechtsgüterschutz zu sein, durch den Zwang in der doppelten Form: des direkten physischen Zwanges, der unmittelbaren Gewalt einerseits; andererseits des indirekten psychischen Zwanges, der Motivation“ (Liszt 1881: 3).

Damit wird die gesellschaftlich-funktionalistische Perspektive im Strafrecht implementiert: Die Strafe habe die Funktion der Verteidigung der Gesellschaft, aber immer vor dem Hintergrund, dass die Gesellschaft historisch bedingt sei.³²⁸ Das (Straf-)Recht schütze die Gegenwart der gesellschaftlichen Ordnung vor den Gefahren des Verbrechens bzw. genauer: vor den verbrecherischen Individuen.³²⁹ Vergeltung werde zu einem Mittel, diesen Zweck zu realisieren.

Die Aufwertung des gesellschaftsfunktionalen Zweckdenkens umfasst sowohl Rechtsdogmatik, Methodik, Kriminalpolitik als auch Kriminologie. Dieses von Liszt breit angelegte „Marburger Programm“ zeitigt eine immense Breitenwirkung. Hier entfaltet Jherings Perspektivverschiebung eine explizite (vgl. etwa Hurwicz 1911) und dauerhafte Wirkung.³³⁰ Auch in der rechtswissenschaftlichen Rezeption zeigt sich das Spannungsfeld des Jhering'schen Zweckdenkens zwischen Teleologie und empirischer, gesellschaftsfunktionaler Betrachtung – sei es, dass sie wie bei Jellinek voneinan-

328 Daher ist das Strafrecht bzw. das Recht auch in eine Entwicklungsgeschichte eingebunden, die von Liszt über weite Strecken in seiner Abhandlung darlegt (Liszt 1905 [1882]).

329 Im „Marburger Programm“ relativiert von Liszt den Strafgedanken: Der Fokus liege nicht auf der Vergeltung jenseits jeglicher Strafzwecküberlegungen (absolute Straftheorie), sondern auf der gesellschaftlich-funktionalistischen Bestimmung der Strafe. Damit rückt Liszt den Täter, und nicht die Tat, in den Vordergrund, d.h. insbesondere die Techniken der Besserung und der Abschreckung der Individuen (vgl. Liszt 1905 [1882]: 166), aber auch der Prävention (vgl. Liszt 1881: 4 u.ö.; zu den problematischen Konsequenzen dieser Sichtweise insbesondere auch mit Blick auf die Entwicklung des Strafrechts im Nationalsozialismus vgl. Muñoz Conde 2010). Es handelt sich um jene Aspekte, die nach Foucault in *Überwachen und Strafen* zur Entstehung der Disziplinargesellschaft beitragen (vgl. Foucault 2009b; Krasmann 2003).

330 Jhering habe – so Alessandro Baratta – „mit dem Begriff des Verbrechens als Verletzung der Lebensbedingungen der Gesellschaft die Gedankenentwicklung [gefördert], durch die die individualistisch-liberale Rechtsideologie überwunden wurde und die soziale Epoche im Strafrecht begann“ (Baratta 1970: 19; zur Wirkung von Liszts vgl. die Beiträge in *Gedächtnisheft für Franz von Liszt* der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1969; Muñoz Conde 2010: 439f. m.w.N.; zu Wirkungen im Bereich der Psychologie vgl. die Beiträge in Schmoeckel 2009). Eine Generation später wird auch von neukantianischer Seite – vermittelt insbesondere über Jellinek und Lask – der Zweckgedanke in der Strafrechtstheorie aufgegriffen: Zu den heute noch prominentesten Vertreter dieser Richtung zählen sicherlich der Liszt-Schüler Gustav Radbruch sowie Hans Kelsen. Zur Diffusion des Zweckgedankens in die Wissenschaftstheorie und Wertphilosophie des Neukantianismus s. gleich; zum neukantianischen Strafrechtsdenken Anfang des 20. Jahrhunderts vgl. Ziemann 2009.

der geschieden werden müssen, sei es, dass die gesellschaftsfunktionale Bestimmung des Strafrechts wie bei Liszt als Grundlage der Bestimmung des Telos herangezogen wird.

1.3 Der Zweck in der Rechtsphilosophie

Angesichts dieser Einbettung des Zweckdenkens in den philosophischen und sozialwissenschaftlichen Diskurs sowie seiner positiven Rezeption in den Staatswissenschaften und im Strafrecht verwundert es nicht, dass Jhering zu einem unerlässlichen Bezugspunkt für die wieder erstarkende Rechtsphilosophie wird.³³¹

Rechtspositivismus (Bergbohm)

Karl Bergbohm, der mit seiner Schrift *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie* aus dem Jahr 1892 einen Fundamentalangriff gegen das Naturrecht führt,³³² arbeitet wie kein anderer seiner Zeit die Positivität des Rechts durch verbindliche Setzung (nicht unbedingt durch den Gesetzgeber) als dessen entscheidende Eigenschaft heraus (vgl. Bergbohm 1892: 546).³³³ Recht sei immer gemachtes Recht, es entspringe der Tat. Bergbohm zielt dabei auf eine ‚Reinigung‘ des Rechts als Rechtsform von allen ethischen

331 Fritz Berolzheimer schreibt rückblickend im Jahr 1906: „Die herrschende Rechtsphilosophie hat zwar Jhering’s Zwecklehre abgelehnt. Aber zahlreiche rechts- und staatswissenschaftliche Schriften, die rechtsphilosophische Fragen behandeln, sind völlig oder teilweise von der Zwecklehre angekränkt.“ (Berolzheimer 1906: 112).

332 Ein ausdrückliches Bekenntnis zum Naturrecht in der Rechtsphilosophie findet sich um die Jahrhundertwende jedoch nur sehr selten (vgl. etwa Hertling 1897; Victor Cathrein 1901). Bergbohm geht es jedoch in seinem Angriff um den Nachweis strukturell naturrechtlicher Momente, die er jenseits solchen expliziten Bekenntnisses erkennt.

333 Seinen Zeitgenossen galt Bergbohm als „reinsten Positivist“, womit jedoch umstritten bleibt, ob und welche Form des Rechtspositivismus er in seiner Rechtsphilosophie vertritt (kritisch zur Sinnhaftigkeit, von Positivismus zu sprechen, etwa Brockmöller 1997: 32ff.; zu Bergbohm vgl. Kremer 2001). Der Naturrechtsbegriff, gegen den er anschreibt, umfasst dabei „jede Vorstellung von einem Recht, das von menschlicher Satzung unabhängig ist“ (Bergbohm 1892: 130f.). Hierzu zählt er auch die Historische Rechtsschule mit ihrer Fundierung des Rechts im Rechtsbewusstsein (ebd.: 480ff.), und ihr gelten seine Angriffe im eminenten Maße.

Quellen und inhaltlichen Vorgaben. Dabei bezieht er sich in vielen Punkten explizit auf Jhering: für die Aufwertung des Verwirklichungsgedankens im Recht, für die Vorgängigkeit des Rechts vor dem Rechtsgefühl und die Kritik an den nativistischen Theorien ethischer Anlagen, für die Angriffe auf die Spekulation und für die Aufwertung der Tat im zweckgesetzten Recht (vgl. ebd.: 81, 450, 464, 194, 545f.). All das verwendet er zum Entwurf einer allgemeinen Rechtslehre, die von jeglichen, sei es noch so versteckten Werturteilen frei sei – wofür er jedoch Jherings gesellschaftliche Zwecksetzungen und damit die gesellschaftsfunktionale Rückbindung des Rechts außer Acht lässt. Was bleibt, ist die Strukturtheorie eines Systems der in sich geschlossenen (und daher logisch lückenlosen) Rechtsnormen (vgl. ebd.: 373ff.).³³⁴

Neuhegelianismus (Berolzheimer)

Demgegenüber steht für den Neuhegelianismus nach Fritz Berolzheimer Recht immer im unmittelbaren Zusammenhang mit der gegenwärtigen Kultur (vgl. Berolzheimer 1909). Jherings *Zweck* ist in dieser Perspektive Ausdruck der gegenwärtigen Dominanz einer Wohlfahrts-Sozialtheorie in der Rechts- und in der Wirtschaftsphilosophie (vgl. etwa Berolzheimer 1905: 212 u.ö.).³³⁵ Bei der Suche nach einem gerechten Recht vermischen sich unter dem Zweckgedanken jedoch irrtümlicherweise die Aufgaben der Rechtsphilosophie mit denjenigen der Rechtspolitik (ebd.: 22). Da Recht

334 Bergbohm zählt neben dem Jhering-Schüler Adolf Merkel zu den Protagonisten der Herausbildung der Rechtstheorie als eigenständige Disziplin (vgl. zu dieser Entwicklung Brockmüller 1997; Dreier 1992). Beobachtbar ist in diesem Feld, zu dem auch die Arbeiten von Karl Binding und Ernst Rudolf Bierling gerechnet werden, die Deutung des Rechtssatzes nicht mehr als Regel, sondern als Norm (vgl. etwa Binding 1872; Bierling 1894). Für den Neukantianer Gustav Radbruch zählen Binding, Bierling und Bergbohm im Jahr 1914 zu den Vertretern einer „rein empiristischen Allgemeinen Rechtslehre“, die in dieser Form eine „Euthanasie der Rechtsphilosophie“ darstelle (Radbruch 1993 [1914]: 34).

335 Daher behandelt Berolzheimer Jherings *Zweck* in seiner kulturhistorischen und völkerpsychologischen Untersuchung der Kulturstufen der Rechts- und Wirtschaftsphilosophie aus dem Jahre 1906 im Kapitel zum „Übergang zum modernen Klassenstaat“ unter der „Herrschaft der Sozialphilosophie“ (vgl. Berolzheimer 1906: 233ff.). Da Berolzheimer Anschluss an Marx sucht, wendet er sich gegen Stammler. Allerdings ist er gerade nicht auf die Überwindung, sondern auf die Erhaltung und Sicherung der Klassengesellschaft aus (vgl. Schulze, Schier 1987: 17ff.).

nicht ein Produkt des Zwecks, sondern der Kultur sei, helfe der platte Sozialutilitarismus Jherings nicht weiter, denn: „Der Rechtsphilosoph muss die kulturelle Entwicklung des Rechts darstellen und deuten.“ (Berolzheimer 1909: 199)

Berolzheimer stellt also keineswegs die konkret-historische Bedingtheit des Rechts (wie des Staates) in Frage, werde es doch in seiner Entwicklung „von der jeweils herrschenden Kultur beeinflusst“ (ebd.: 196). Er bewegt sich also in den Bahnen des Repräsentationsgedankens. Auch wenn er damit den empirischen Bezug des Rechts nicht kappt, sei dieser jedoch nicht mit den Mitteln der Gesellschaftswissenschaft zu untersuchen. Denn das Recht zeige sich zugleich als „Voraussetzung für die Entstehung und das Weiterbestehen der Kultur“ (ebd.). Insofern gehe es jeder gesellschaftstheoretischen Bestimmung, die es nur als ein Teilphänomen der Gesellschaft betrachte, voraus und bedürfe als solches der philosophischen Untersuchung. Der methodische Zugang zur empirischen Seite des Rechts ist bei Berolzheimer – dem Repräsentationsgedanken folgend – als ethnologische Rechtsvergleichung und (Universal-)Rechtsgeschichte zu verwirklichen (vgl. Berolzheimer 1907: 133f.).

Neukantianismus (Stammler, Lask)

Für die prominenten Vertreter des auch in der Rechtsphilosophie erstarkenden Neukantianismus,³³⁶ den der Marburger Schule zuzurechnenden Rudolf Stammler³³⁷ und den Rickert-Schüler Emil Lask, wird Jhering ebenfalls zum Prüfstein ihrer Rechtsphilosophien.

In Stammlers *Wirtschaft und Recht nach materialistischer Geschichtsauffassung* (1896) ist die Auseinandersetzung mit Jhering zentral.³³⁸ Das liegt daran, dass Stammler insbesondere zwei Prämissen der Jhering'schen Zweck-

336 Vgl. hierzu insbesondere Alexy et al. 2002.

337 Allerdings wehrt sich Stammler immer wieder gegen diese Zurechnung (vgl. Stammler 1931: 46), die jedoch schon seine Zeitgenossen ganz selbstverständlich vornahmen (vgl. Berolzheimer 1907: 130ff.; zur neukantianischen Rechtsphilosophie der Marburger Schule, und hier insbesondere zum Einfluss Stammlers, vgl. Müller 1994).

338 Zuvor hatte Stammler schon seine Ablehnung der Historischen Rechtsschule eindeutig zum Ausdruck gebracht: In der Festschriftgabe für Windscheid *Über die Methode der geschichtlichen Rechtstheorie* aus dem Jahr 1888 sieht er die Volksgesistehre in der Romantik verankert. Sie sei der Ausdruck eines – wie er später schreibt – „juristische[n] Spiritualismus“ bzw. einer „soziale[n] Mythologie“ (Stammler 1902: 152), die weder beantworten könne, was Recht sein solle, noch,

bestimmung des Rechts folgt: Erstens bewegt sich auch Stammler in der Bahn der gesellschaftstheoretischen Bestimmung des Rechts. Dabei lässt sich auch für ihn der Gegenstand der Sozialwissenschaft (respektive der Sozialphilosophie), das soziale Leben, aus wissenschaftlicher Sicht sinnvollerweise nur als Einheit betrachten. Aus diesem Grund zielt Stammler – was Weber später vehement kritisiert (vgl. § 8) – auf die Erkenntnis der „allgemeingültigen Gesetzmäßigkeit des sozialen Lebens“ (Stammler 1896: 4) als formales, einheitsstiftendes Prinzip. Das soziale Leben wiederum wird bei ihm ausgehend von der sozialen Norm bestimmt: Stammler definiert es als ein „durch äußerlich verbindende Normen geregeltes Zusammenleben von Menschen“ (ebd.: 108), wobei diese normierenden Regeln auf Menschensatzung zurückzuführen seien (ebd.: 100). Das Recht stelle dabei eine besondere soziale Norm dar: Es sei die „repräsentative“, „regelnde Form“ des sozialen Lebens (ebd.: 135, 165), die sich seinem Inhalt nach auf einen empirisch wandelbaren Stoff beziehe. Recht – jene damit zentrale soziale Norm für die formale Erkenntnis des sozialen Lebens³³⁹ – sei also zunächst eine Form des sozialen Lebens, mithin eine unabdingbare Form, ohne deren Existenz das soziale Leben (oder die Gesellschaft) nicht denkbar sei.

Für diese auf die Gesellschaft bezogene Bestimmung des Rechts will Stammler aber gerade nicht an Jhering anschließen. Einerseits sei dessen Gesellschaftsbegriff zu unbestimmt (Stammler 1896: 647f. Anm. 40). Andererseits verwechsle Jhering mit der funktionalen Bestimmung des Rechts als Sicherung der Lebensbedingungen der Gesellschaft Ursache und Wirkung: Es gebe keine vorgängige Gesellschaft, die dann in ihrer Existenz durch das Recht gesichert werde. Vielmehr sei Gesellschaft erst dann vorhanden, wenn es Recht gebe. Letzteres sei das „logische Prius“ (vgl. ebd.: 112). Recht sichere nicht, sondern konstituiere die Gesellschaft (ebd.: 496). Und schließlich eigne sich der Zwang nicht als Definitionskriterium für rechtliche Normen, sei er doch auch bei den Konventionalregeln anzutreffen (ebd.).³⁴⁰

wie Rechtswandel erfolge (vgl. Stammler 1888: 12). Insbesondere ordnet er die Historische Rechtsschule dem zunehmend kritisierten Historismus zu – ein Vorwurf, an dem er festhalten wird (vgl. etwa Stammler 1922: 36ff.; kritisch zur Treffsicherheit der Historismus-Kritik Stammlers Wittkau-Horgby 1998: 81f.).

339 Daher betont auch Stammler die Notwendigkeit, die verschiedenen sozialen Normen zu differenzieren (Stammler 1896: 91), wobei er aber letztlich nur zwischen zwei Klassen unterscheidet: Recht und die alle anderen sozialen Normen umfassenden Konventionalregelungen (ebd.: 125).

340 Recht ist zwar auch bei Stammler eine Zwangsregelung menschlichen Zusammenlebens, sein Spezifikum bestimmt er jedoch im Anspruch der Unverletzlichkeit als dessen eigentümlichen Sinn des Geltungsanspruches. Dieser zeige

Der zweiten Prämisse Jherings, der Stammler folgt, ist der Zweckgedanke: Auch für Stammler gehört das Recht dem „Reich der Zwecke“ an. Dabei gilt:

Das Recht erscheint danach nicht als ein beliebiger einzelner Zweckinhalt, der einmal auftaucht und wieder verschwindet, es beherrscht vielmehr in seinem Auftreten ganze Gruppen möglicher Ziele. *Das Recht ist eine formale Eigenschaft vom menschlichem Wollen.* Es stellt eine eigene Klasse von Willensinhalten dar, die es von sich aus bestimmt und zusammenhält; es ist *eine bedingende Art und Weise des Setzens und Verfolgens von Zwecken.* (Stammler 1911: 69, H.i.O.)

Zwar bestimmt Stammler entsprechend seines formalen Rechtsbegriffs die Rechtswissenschaft streng technisch-formalistisch,³⁴¹ nichtsdestotrotz sei sie aber eine „Zweckwissenschaft“ (vgl. Stammler 1906b: 378ff.; 1922: 28, 29). Mit der Bestimmung des Rechts über den Zweck verbindet Stammler dabei eine harsche Kritik an Jhering, namentlich an dessen Scheidung von Kausal- und Zweckgesetz: Es sei falsch, wie Jhering zwischen zwei Arten von Kausalität zu unterscheiden: „Begriff und Bedeutung der *Ursache* ist einheitlich.“ (Stammler 1896: 355, H.i.O.) Vielmehr sei der Zweck nicht eine besondere Art der Ursache, „sondern es ist die Vorstellung von einem Gegenstande, als einem zu *bewirkenden* Objekte, dessen Werden man als unvermeidlich sicher auf Grund der mittels Kausalitätsgesetze erworbenen Wissenschaften gerade nicht erkennt“ (ebd., H.i.O.). Zwecke entspringen nicht dem bereits gesellschaftlich eingebetteten und daher kausal bedingten Interesse, sondern dem Gebiet des Wollens, d.h. dem Setzen von Zwecken.³⁴² Wollen sei aber etwas anderes als Erkenntnis; die Differenz liege

sich in der Bindung auch der gesetzgebenden Instanz an die rechtlichen Regelungen (vgl. ebd.: 498). Später bestimmt Stammler das Recht als einen „Zwangsversuch zum Richtigen“ (Stammler 1902: 27ff.). Aber auch dort zeigt sich die beschriebene Notwendigkeit der expliziten kritischen Auseinandersetzung mit Jhering (vgl. ebd.: 603ff.)

341 Rechtswissenschaft richte sich auf die dogmatische Beherrschung des Rechtsstoffes, wofür ein Bezug zum sozialen Leben, das sich darunter abspiele, keinerlei Rolle spiele. Denn Genese, Anwendung und Wirkung des Rechts hat sie nach Stammler letztlich nicht zu interessieren (Stammler 1896: 166). Daher macht der Vorwurf der Begriffsjurisprudenz für Stammler auch keinen Sinn.

342 Das Recht ist eine besondere Art des Wollens bestimmter Zwecke (vgl. Stammler 1911: 42ff.). Für Kelsen ergibt diese Bestimmung aus wissenschaftstheoretischer Perspektive keinen Sinn, wie er im Jahr 1916 ausführt: „Es ist unzulässig, eine Einteilung der Wissenschaften auf den Gegensatz von Erkennen und Wollen zu gründen. Wissenschaft ist nie Wollenschaft.“ (Kelsen 1916: 97).

in der jeweiligen Betrachtungsweise (ebd.: 356). Diesem Unterschied entspreche eine Differenz der Wissenschaftsformen: Naturwissenschaft und teleologische Wissenschaft, die jedoch als Wissenschaften beide ihre Vorstellungen auf eine Einheit zurückführen. Die Naturwissenschaft vollziehe dies durch das Kausalitätsgesetz. Im Bereich des Telos wird demgegenüber nach Mittel und Zweck bis hinauf zur obersten Einheit möglicher Zwecksetzung, dem Endzweck gefragt. Dieses „Endziel“ bestimme die Gesetzmäßigkeit des Telos, „die wir in unserer Sprache mit *Sollen* bezeichnen“ (ebd.: 368, H.i.O.). Das Sollen sei die „Einheit der Zwecksetzung“ (ebd.) und damit der formale Kern des Rechts.

Die Unterscheidung von Kausalität und Telos ist auch für Stammler konstitutiv für die Rechtsbetrachtung (s.a. Stammler 1902: 610ff.). Diese behandelt er allerdings nicht als ein Problem der Rechtsentstehung (wie Jhering), sondern als erkenntnis- und wissenschaftstheoretische Frage. Rechtsentstehung und wissenschaftliche Behandlung des Rechts seien zu trennen. Denn: „Der Zweck ist nicht *der Schöpfer* des Rechts, sondern *das Recht* ist eine besonders geartete Zwecksetzung [...]“ (Stammler 1922: 43 Fn. 10, H.i.O.) Jhering stelle den Zweck über das Zweckgesetz in einen empirischen Kontext – und markiere deshalb den Übergang zur neueren Rechtsphilosophie des „juristischen Empirismus“ (vgl. ebd.: 42ff.). Demgegenüber stellt Stammler Telos und Empirie in einen erkenntnistheoretischen Gegensatz: Ihr Verhältnis werde aus der Perspektive der allgemeinen Gesetzmäßigkeit des sozialen Lebens ausgeformt. Dies drückt sich bei Stammler im bereits früh entworfenen Konzept des „Naturrechts mit wechselndem Inhalt“ aus:

Unter *Naturrecht* verstehe ich hiernach diejenigen Rechtssetzungen, welche unter *empirisch bedingten* Verhältnissen das *theoretisch richtige* Recht enthalten [...]. Der Beweis für die theoretische Richtigkeit eines Rechtssatzes ist dadurch zu liefern, daß kritisch geprüft und entschieden wird, welche Rechtssätze unter gegebenen empirischen Verhältnissen dem allgemeingültigen Endziele des sozialen Lebens entsprechen würden; wonach sich dann ergibt, ob durch das geschichtlich überlieferte Recht in der betreffenden konkreten Lage der *allgemeinen gesetzmäßigen* Aufgabe der Rechtsordnung richtig entsprochen werde, oder aber ein Zwiespalt zwischen demjenigen entsteht, was als positives Recht überliefert gilt und dem, was in der genannten Richtung Rechtsens sein sollte. (Stammler 1896: 185, H.i.O.)

Stammler bestimmt wie Jhering das Recht aus einer gesellschaftswissenschaftlichen respektive sozialphilosophischen Perspektive: Auch er rückt den Begriff der Gesellschaft, das soziale Leben, ins Zentrum und fragt ex-

plizit danach, was „das feste Merkmal [ist], durch das der Begriff des sozialen Lebens der Menschen als eigener Gegenstand wissenschaftlicher Betrachtung konstituiert wird“ (ebd.: 83).³⁴³ Denn nur wenn die Gesellschaft ein fest umrissenes Objekt sei, könne sie als Fundament einer eigenständigen Soziallehre respektive Gesellschaftswissenschaft dienen (ebd.). Und nur dann ist nach Stammler die sozialphilosophische Bestimmung des Rechts möglich. Wie Jhering erkennt auch Stammler die Besonderheit des sozialen Phänomens ‚Recht‘ im Zweck. Allerdings bestimmt Stammler den Zweck als ein rein normatives Phänomen, das nicht empirisch herleitbar ist. Aufgrund dieser Umdeutung ist für ihn die kritische Auseinandersetzung mit der gesellschaftsfunktional fundierten Zwecklehre des Rechts bei Jhering notwendig.³⁴⁴

Auch für den Rickert-Schüler Emil Lask, der dem süddeutschen Neukantianismus zuzurechnen ist, ist eine Auseinandersetzung mit Jhering unabdingbar. Lask sucht in seiner v.a. in den Rechtswissenschaften vielbeachteten Abhandlung *Rechtsphilosophie* aus dem Jahr 1905 direkten Anschluss an die kritische Wertlehre seines Lehrers Rickert, um eine metaphysikfreie Rechtsphilosophie zu entwerfen (vgl. Lask 1905: 2).³⁴⁵ Dabei gilt sein Angriff sowohl dem Naturrecht als auch dem Historismus (namentlich der Historischen Rechtsschule); sie seien „die beiden Klippen, vor denen die Rechtsphilosophie sich hüten muss“ (ebd.: 13). Was er Naturrecht und Historismus nämlich vorwirft, ist die Vermischung von Wert- und Wirklichkeitssphäre: „Das Naturrecht will aus der Absolutheit des Wertes das empirische Substrat, der Historismus aus dem empirischen Substrat die Absolutheit des Wertes hervorzaubern.“ (Ebd.) Weder lasse sich aus den durch metaphysische Spekulationen gewonnenen Rechtswerten eine Rechtswirklichkeit in Form einer empirischen Geltung ableiten, noch

343 Seine Antwort lautet: „*Soziales Leben ist äußerlich geregeltes Zusammenleben von Menschen.*“ (Stammler 1896: 90, H.i.O.) Daher ist das Recht zentral.

344 Stammler bleibt in der Folge nicht bei der sozialphilosophischen Bestimmung des Rechts stehen, sondern sieht die Aufgabe der Rechtsphilosophie zunehmend in der Bestimmung des „richtigen Rechts“ als logisch bedingende Form des positiv gesetzten Rechts (Stammler 1902). Auch in diesen Arbeiten setzt er sich immer wieder mit Jhering auseinander, wobei er an seiner grundlegenden Kritik festhält (vgl. etwa Stammler 1902; Stammler 1922). Diese schrittweise Erweiterung des sozialphilosophischen Grundgedankens über eine Theorie der rechtswissenschaftlichen Arbeit hin zu einer „reinen Rechtslehre“ (vgl. Stammler 1911) zeige sich auch – wie Claudius Müller darlegt – in den unterschiedlichen Ausgaben von *Wirtschaft und Recht* (Müller 1994: 142).

345 Zu Rezeption und Kritikpunkten an Lasks Rechtsphilosophie vgl. Friedrich 2002.

könne man aus der Empirie, d.h. aus der geschichtlichen Wirklichkeit, Wertmaßstäbe gewinnen. Die Berücksichtigung der Kulturbedeutungen, d.h. der Empirie, dürfe nicht als „direkte Wertbeurteilung“ aufgefasst werden, „sondern lediglich als rein theoretische Wertbeziehung, also als Mittel der bloßen Wirklichkeitsumformung“ (ebd.: 11).

Lask entwirft in Anlehnung an Rickert ein kulturwissenschaftliches Modell einer empirischen Wirklichkeit, die über Wertbeziehungen mit den Werten verbunden ist – respektive von Wert und empirischen Wertsubstrat.³⁴⁶ Daraus folgt eine grundlegende Zweidimensionalität der Perspektiven in den Kulturwissenschaften: Es sei streng zwischen der Betrachtungsweise dieser empirischen Wirklichkeit als empirisches Wertsubstrat, als Sein, und den überempirischen Werten als Sein-Sollendes zu scheiden (ebd.: 2f.). Dieser an Kant angelehnte methodische Dualismus gelte im Besonderen auch für das Recht. Man müsse ihn „mit Fug das ABC der juristischen Methodologie“ nennen. Besonders mit Bezug auf Jellinek schreibt Lask:

Der rechtswissenschaftliche Methodendualismus beruht darauf, daß das Recht entweder als realer Kulturfaktor, als sozialer Lebensvorgang angesehen oder als Komplex von Bedeutungen, genauer von Normbedeutungen auf seinen „dogmatischen Gehalt“ hin geprüft werden kann. (Ebd.: 31)

Lask recurriert auf Jhering als Vorläufer der sozialtheoretischen bzw. empirisch-soziologischen Bestimmung des Rechts, der jedoch noch die sozialtheoretische mit der philosophischen Betrachtungsweise des Rechts vermischt habe.

Nur die letztere Betrachtungsweise ist für Lask von Bedeutung. Die Rechtsphilosophie ergibt für ihn nur als „Werttypuslehre“ einen Sinn, d.h. als systematische Wertwissenschaft, die die Rechtswerte als Wertgesamtheiten einer Mehrheit von Wirklichkeitsinhalten systematisch gliedert (ebd.: 4, 9). Daher sind die Bedeutungszusammenhänge, der „ideale Kosmos“, den sie untersucht, und die Wirklichkeit disparat (vgl. ebd.: 3, 9).³⁴⁷ In den Vordergrund rückt damit die Frage nach dem Verhältnis von Werttypus

346 Unter erkenntnistheoretischen Gesichtspunkten stellt sich die Wirklichkeit bei Lask als ein empirisches Substrat von Werten dar, da sie auch im Bereich der Kultur ein Erzeugnis kategorialer Synthesen ist (vgl. Lask 1905: 28f.)

347 Andererseits zeige auch der Werttypus eine der Wirklichkeit zugewandte Seite, wird letztere doch als sein Substrat angesehen, was sich insbesondere in der Rechtsanwendung, d.h. der Wertverwirklichung, zeige (vgl. ebd.: 10). Letztlich versucht Lask an einer transzendentalen Bestimmung des Rechtswerts trotz not-

und Empirie, von Recht und gesellschaftlicher Wirklichkeit, die über Wertbeziehungen vermittelt, aber nicht vermengt werden.

Die Rechtswissenschaft im engeren Sinne wiederum bestimmt Lask als eine ‚empirische Kulturwissenschaft‘ (ebd.: 27). Dabei weise die Jurisprudenz gegenüber der Philosophie eine Besonderheit auf. Denn während das Sein-Sollende „in der Philosophie einer absoluten Werthaftigkeit entstammt, für die es keine empirische Autorität gibt“, habe es in der Jurisprudenz immer einen empirischen Bezug: Es habe „seinen formellen Grund in positiver Anordnung durch Gemeinschaftswillen“ (Lask 1905: 34). Recht sei also immer eine empirische Gegebenheit, weshalb „die juristische Wissenschaft nur die ganz unvergleichbare Methode eines rein empirischen Operierens mit einer gedachten Welt von Bedeutungen darstellen“ könne (ebd.).

Ihre spezifische Methodologie wiederum ließe sich nur begreifen, wenn man innerhalb der Kulturwissenschaften zwischen historischer und systematischer Tendenz unterscheide:

Die systematisierenden Disziplinen lösen aus der Komplexität des Gegebenen typische Kulturmomente heraus, um sie nicht, wie die Geschichte es tut, in den unvergleichbaren und unzerlegbaren Bedeutungen des Individuellen wieder verschwinden zu lassen, sondern um sie gerade in ihrer ausdrücklich isolierten formellen Struktur zu Leitbegriffen der einzelnen Kulturdisziplinen zu erheben. (Ebd.: 28)³⁴⁸

Rechtswissenschaft sei systematische Wissenschaft, die durch einen spezifischen Formalismus gekennzeichnet sei. Dabei dient Lask Jherings frühere Bestimmung der „juristischen Technik“ der konstruktiven Jurisprudenz als beste Beschreibung dieser systematisierenden Tätigkeit (vgl. ebd.: 37f.).³⁴⁹

wendigem und historisch-kontingentem Bezug des jeweiligen Kulturzusammenhang festzuhalten (vgl. ebd.: 4f.). Dabei will er v.a. den „sozialen Werttypus“ als Ausdruck der unhintergehbaren Sozialität des Rechts integrieren (vgl. ebd.: 19, 25f.).

348 Dabei sei sie jedoch nicht mit der naturwissenschaftlichen Abstraktions- und Systematisierungsweise zu verwechseln, die ja gänzlich von Kulturbedeutungen absehe (vgl. Lask 1905: 28).

349 Wenn Lask trotz dieser Bestimmung der Rechtswissenschaften durch den Formalismus die „mit Recht verspottete[] ‚Begriffsjurisprudenz‘“ kritisiert (ebd.: 45), dann kreidet er den vermeintlichen Bezug dieser Begriffsarbeit zum Leben an, jene Prämisse im Repräsentationsgedanken, dass man über die dogmatische Arbeit am Begriff zum Leben vordringen könne. Aufgrund der Trennung von Begriff und Wirklichkeit erweist sich das aber für Lask als Irrglaube.

Lask recurriert noch an weiteren entscheidenden Stellen auf Jhering, und hier nun auf den *Zweck*: Die Besonderheit der juristischen Methode liege in ihrer Form der „vorwissenschaftlichen“ Begriffsbildung:

Es gibt – wenn man von der Wissenschaft selbst absieht – keine Kulturscheinung, die sich als begriffsbildender Faktor auch nur annähernd mit dem Recht vergleichen ließe. Das Recht selbst nimmt bereits eine weitgehende Auseinandersetzung zwischen sich und der außerrechtlichen Wirklichkeit vor und bildet Begriffe von so hoher technischer Vollendung, daß sie sich oft nur dem Grade nach von denen der Wissenschaft unterscheiden und der wissenschaftlichen Bearbeitung zuweilen nichts anderes als die bloße Fortsetzung des vom Gesetz begonnenen Formungsprozesses übrig lassen. (Ebd.: 35)

Diese Begriffsbildung erfolge – wie bei Rickert – unter dem Gesichtspunkt der Teleologie: Der „Zweck des Rechts“ müsse „als Prinzip der im juristischen Sinne ‚wesentlichen‘ Begriffsmerkmale bezeichnet“ werden (ebd.: 35f.). Lask geht also von einer „teleologische[n] Färbung sämtlicher Rechtsbegriffe“ (ebd.: 40) aus, und es ist gerade Jherings Zweckgedanke, auf den er in der Bestimmung des Rechts recurriert.³⁵⁰ Das spezifisch juristische Verhalten zur Wirklichkeit zeige sich dann in zwei einander durchdringenden Aspekten: „Die von Zweckbeziehungen geleitete Umsetzung des realen Substrats in eine Gedankenwelt reiner Bedeutungen und die damit verbundene Herausfaserung bloßer Teilinhalte aus der Totalität des Erlebbaren.“ (Ebd.: 36f.) Gerade in der Entwicklung der wert- und zweckbeziehenden Methode angesichts dieses teleologischen Prinzips sieht Lask für die Jurisprudenz die methodologische Aufgabe der Zukunft.³⁵¹

350 So ist z.B. weder der juristische Begriff der Sache mit dem Körper, noch der der Person mit dem Menschen identisch. Es handelt sich um teleologische Begriffskonstruktionen (ebd.: 36ff.).

351 Denn für Lask gilt: „Häufig wird übersehen, daß die den juristisch geformten Stoff zu höheren systematischen Bildungen fortgestaltenden Operationen in ähnlicher, nur noch verwickelterer Weise von dem teleologischen Grundcharakter des Rechts durcherrscht werden wie die ursprünglichen, dem vorrechtlichen Substrat gegenüber betätigten juristischen Bearbeitungsfunktionen.“ (Ebd.: 46).

Der rechtsphilosophische Zweck

In der rechtsphilosophischen Rezeption markiert Jherings Zweckdenken einen Bruch bzw. Übergang – sei es auf dem Weg zu einem rechtspositivistischen Verständnis, sei es als Ausdruck der gegenwärtigen Wohlfahrts-Sozialtheorie, sei es als Beginn der empirischen Jurisprudenz oder sei es als Beispiel einer neuen Logik der Erkenntnis- und Wissenschaftstheorie, die die Rechtswissenschaft nicht unberührt lassen kann. All diese Rezeptionen problematisieren in der Hinwendung zum Zweckmoment das Spannungsverhältnis von Empirie und Recht. Der Zweck zeichnet dabei zwar einerseits den Weg in die Empirie vor: So gilt Recht als eine empirische Setzung (Bergbohm), es offenbart sich über empirische Rechtsvergleichung (Berolzheimer), es ist als Form des sozialen Lebens an den „Stoff“ gebunden (Stammler), ja die Rechtswissenschaft ist eine „empirische Kulturwissenschaft“ (Lask). Andererseits eint die verschiedenen Positionen trotz dieses Bezugs zur Empirie die Ablehnung einer explizit gesellschaftstheoretischen Auseinandersetzung mit dem Recht.³⁵² Wenn Jherings Perspektivverschiebung im Zweck produktiv als Vorlage oder als Abgrenzungshorizont für den Entwurf eines eigenen Ansatzes verwendet wird, wird er seiner gesellschaftstheoretischen Implikationen entkleidet. Dies geschieht entweder durch die Idealisierung der Kultur, die im Recht ihren Ausdruck findet und daher das Recht nicht als bloßes soziales Teilphänomen ansehen kann (Berolzheimer), durch die Abtrennung und Reinigung der Rechtsform von den Fragen der Rechtsentstehung als soziales Phänomen (Bergbohm) oder durch die Abspaltung des rechtsphilosophisch relevanten teleologischen Moments von gesellschaftstheoretischen Bestimmungen (Lask). Und selbst Stammler, der seine Rechtsphilosophie als Sozialphilosophie ausformuliert und daher die Gesellschaft in den Mittelpunkt rückt, stellt zwar die teleologische Bestimmung unter den Vorbehalt der Abhängigkeit von der Gesetzmäßigkeit des sozialen Lebens, scheidet aber auf erkenntnistheoretischer Ebene die teleologische von der empirisch-kausalen Betrachtungsweise. Das Proprium des Rechts (Kulturerscheinung, Setzung oder Telos) wird gegenüber einer empirisch-kausal, historisch oder funktional orien-

352 Allerdings deutet Lask an, dass es gerade diese gesellschaftstheoretische Ebene ist, namentlich in Form der Soziologie, die Aufschluss über die Position der Rechtswissenschaft als Kulturwissenschaft zu erbringen vermag – wobei dieses Unterfangen jedoch in die Zukunft verlagert wird; dabei betont er die Zentralität des Sozialen, ohne sich jedoch näher damit zu beschäftigen (vgl. etwa Lask 1905: 30, 44f.).

tierten Sozial- bzw. Gesellschaftswissenschaft bestimmt. Die Auseinandersetzung mit Jherings *Zweck* dient genau dieser Problemfaltung.

2. Die Ablehnung des Zwecks im Fachdiskurs der Privatrechtswissenschaften

Von seinen eigentlichen Fachkollegen, den Privatrechtswissenschaftlern, kommen wenige direkte Reaktionen auf den *Zweck* – und wenn ja, dann sind sie überwiegend äußerst ablehnend. Der *Zweck* sei ein „schwaches Werk“ (Mitteis 1905: 658), urteilt etwa der Rechtshistoriker und Romanist Ludwig Mitteis: Bei der Philosophie sei Jhering „nur Gast“ (ebd.) gewesen, und wolle man das Buch als ein soziologisches gelten lassen, so falle der Vergleich „etwas beschämend“ aus: „Zweihundert Jahre früher würde sich Jhering's teleologisches System beträchtlich stärker herausgehoben haben als es zur Zeit von Herbert Spencer einer- und Karl Marx andererseits noch der Fall sein konnte“ (ebd.).³⁵³ Angesichts der Erkenntnisse der Nationalökonomie gilt hinsichtlich des ersten Bandes des *Zwecks* für den Romanisten Johannes Emil Kuntze: „Jhering war hier [...] auf einen Boden gerathen, wo er nicht heimisch war und nicht zu lehren, sondern zu lernen hatte.“ (Kuntze 1892: 614) Am deutlichsten wird nach der Jahrhundertwende jedoch der neuhegelianische Rechtswissenschaftler Joseph Kohler: Ein solcher gänzlich „unphilosophische[r] Kopf“ (Kohler 1909: 16) wie Jhering gebe nur „dilettantische Plattheiten“ (Kohler 1917: 46) von sich, die man allenfalls als die „Metaphysik eines friesischen Landpastors“ (Kohler 1904: 12) bezeichnen könne.³⁵⁴ Jhering tische „triviale Wahrheiten als Neues und Unerhörtes“ mit einer „Breite und Behaglichkeit“ auf, „wie es die Art des Dilettanten ist“ (Kuntze 1892: 614; s. a. Eck 1893: 37; Landsberg 1892: 3).³⁵⁵ Während die Philosophen vom Fach Jhering Anerkennung zollen, kanzeln ihn seine eigentlichen Fachkollegen zumeist als philosophisch unzulänglich ab.³⁵⁶

353 So auch später Schelsky, dem gegenüber dem „imponierenden und komplexen, in reflektierter Begrifflichkeit errichteten Theoriegebäude von Marx [...] Jherings Ansätze zu sozialwissenschaftlichen Theorien naiv und fast begriffslos“ erscheinen (Schelsky 1972: 53).

354 Die genau gegenteilige Ansicht vertritt der Romanist Rudolf Leonhard: Der *Zweck* habe Jhering „die philosophische Doktorwürde verschafft“ (Leonhard 1893: 607).

355 Allerdings gesteht Kuntze Jhering ein großes Verdienst an der Überwindung der philologischen Enge der Historischen Rechtsschule zu (Kuntze 1892: 617f.).

356 Diese Diskrepanz in der Rezeption bleibt nicht verborgen: „Bemerkt mag noch werden, daß es vornehmlich Juristen sind, welche sich zu Beschützern der Philo-

Die Unzulänglichkeiten wirkten sich auf den *Zweck* direkt aus: Das Werk sei systemlos und kranke an Einseitigkeiten (Landsberg 1892: 3). Es basiere auf falschen, willkürlich postulierten Annahmen und sei in sich logisch widersprüchlich. Selbst in der einzelnen Begriffsbildung widerspreche Jhering sich ständig, und zudem führe die einseitige Konzentration auf den Zweck aus dem Gebiet des Rechts hinaus (vgl. etwa Thon 1878: VIII; Hölder 1892: 221; Eck 1893: 33ff.; Kühnast 1880a, 1880b; Sommer 1884, 1885; Kuntze 1890).³⁵⁷

Überhaupt scheint Jhering mit dem *Zweck* für prominente Vertreter des Faches nichts Neues entdeckt zu haben: Bernhard Windscheid, einer der führenden Pandektisten,³⁵⁸ betont wie sein österreichischer Kollege Ludwig Mitteis „die mangelnde Originalität des teleologischen Grundgedankens“ (Mitteis 1905: 658):

Alles Recht verfolgt Zwecke; jeder Rechtssatz ist nur deswegen da, um menschliche Interessen und Bedürfnisse, wie er sie auffaßt, zu befriedigen. Das ist keine neue Entdeckung, ebensowenig wie es eine neue Entdeckung ist, daß bei der Ergründung des wahren Sinnes eines Rechtssatzes vorzugsweise auf dessen Zweck Rücksicht genommen werden muß. (Windscheid 1889, zitiert nach Dove 1893: 153)³⁵⁹

Auch dass es sich bei der Rechtswissenschaft um eine „praktische Wissenschaft“ handelt, steht für Windscheid außer Frage (Windscheid 1904: 108). Schließlich erkennt auch Windscheid – seit 1874 Mitglied der ersten Kommission zur Vorbereitung des BGBs (s.u.) – den zentralen Stellenwert der Gesetzgebung an: „Die Gesetzgebung steht auf hoher Warte; sie beruht in zahlreichen Fällen auf ethischen, politischen, volkswirtschaftlichen Erwägungen oder auf einer Kombination dieser Erwägungen“. Diese Selbstverständlichkeiten ändern für Windscheid aber nichts an der Arbeitsweise der Rechtswissenschaft, der verschmähten „Begriffsjurisprudenz“, die sich

sophie gegen Jherings angebliche Uebergriffe und des Jheringschen Ruhmes gegen seine angeblichen Mißgriffe berufen fühlten; die Philosophen vom Fach hatten dagegen in der Regel von seinem Schaffen eine bessere Meinung.“ (Leonhard 1893: 608).

357 Auch der *Kampf* erfuhr schon ähnlich fundamentale Kritiken, vgl. etwa Boas 1876; Kohler 1883.

358 Zu Windscheid siehe insbesondere Falk 1989.

359 Dabei gehört die Ermittlung des Zwecks – wie Windscheid in seinem Pandektenlehrbuch darlegt – zu den Hilfsmitteln der Auslegung (Windscheid 1870: 52). Zu Eugen Ehrlichs Kritik an dieser Abwertung des Zweckgedankens s.u.

schon gar nicht zu einer „Zweckjurisprudenz“ entwickeln müsse.³⁶⁰ Denn „deswegen ist es auch nicht weniger wahr, daß alle Wissenschaft des Rechts sich in Begriffen bewegt, ihre Aufgabe keine andere ist, als scharfe Begriffe zu fassen und den Inhalt derselben darzulegen“ (Windscheid 1889, zitiert nach Dove 1893: 153). Die Erwägungen der Gesetzgebung seien zwar ehern, aber allesamt „nicht Sache des Juristen als solchen“ (Windscheid 1904: 112).

Selbst diejenigen Privatrechtswissenschaftler, die Jherings *Zweck* nicht grundlegend ablehnen, sind skeptisch (vgl. etwa Leonhard 1893; Merkel 1893). Positiv hervorgehoben wird v.a. der Gegenwartsbezug: die notwendige Anbindung an das Leben, an die gegenwärtigen Bedürfnisse des Verkehrs und die sozialen Verhältnisse, die Jherings Ansatz gewährleiste. Aber nur ganz am Rande findet Jherings Intervention auf der Ebene der Theorie der Gesellschaft eine Erwähnung – und wenn überhaupt, dann wird sie abgelehnt: Hugo Sommer wendet in seiner Kritik des *Zwecks* ein, dass das „Leben der Gesellschaft“ nur eine „Durchschnittsbildung“, ein Begriff der „Mittelmäßigkeit“ (Sommer 1885: 49) sei – die Gesellschaft könne kein eigenständiges Objekt sein, und schon gar kein „Zwecksubjekt“. Adolf Merkel wiederum glaubt im *Zweck* eine Gesellschaftstheorie zu erkennen, die die Gesellschaft als Summe der Teile beschreibt. Er moniert, dass – um den eigenständigen Charakter zu gewährleisten – hier nur der organische Gattungsbegriff richtig wäre, was Jhering aber wieder in die Nähe der organischen Theorien der bekämpften Romanisten brächte (vgl. Merkel 1893: 36). Mit seiner gesellschaftstheoretischen Fundierung vermag Jhering also nicht zu überzeugen.

Während der *Zweck* seit den 1880er und -90er Jahren außerhalb der Rechtswissenschaft eine breite Rezeption erfährt, zum unerlässlichen Bezugspunkt der rechtsphilosophischen Auseinandersetzung wird und mit großen Erfolg in die Staatswissenschaften und das Öffentliche Recht sowie ins Strafrecht diffundiert,³⁶¹ lehnen ihn die Privatrechtswissenschaftler mit

360 So ist dem Pandektisten Immanuel Bekker auch gar nicht klar, was Jhering mit seinem Angriff gegen die Begriffsjurisprudenz genau im Visier habe, gelte doch sein „Feldzug durchaus nicht den Begriffen, deren sorgsamer Pflege und scharfer Begrenzung“ (Bekker 1892: 123). Denn genau dieses Anliegen verwirkliche Jhering in seinen Arbeiten ja beständig selbst (ebd.).

361 Die verschiedenen Gebiete, in denen Jherings *Zweck* einen Widerhall findet, überschneiden sich zum Teil wieder, was das Zweckdenken im Diskurs bestärkt. So wird beispielsweise Lasks Rechtsphilosophie, der wiederum stark auf Jellinek rekurriert, grundlegend für die neukantianische teleologische Richtung in den Strafrechtswissenschaften (Honig, Hegler, Grünhut, Schwinge, Zimmerl, Radbruch, Erik Wolf; vgl. Baratta 1970: 21).

seinen Angriffen gegen die Historische Schule und die daraus hergeleitete „Begriffsjurisprudenz“ ganz überwiegend ab. Für sie erscheinen Jherings Äußerungen über den Zweck im Recht wenig anschlussfähig – und eine Rezeption erfolgt erst über die Problematisierung von Gesetzgebung und juristischer Methode.

§ 4. Zweck-Dispositiv I: Die soziale Aufgabe des Privatrechts und das gesellschaftsfunktionale Zweckdispositiv (ca. 1880er–1900)

Die Ablehnung von Jherings Zweckdenken in den Privatrechtswissenschaften Ende des 19. Jahrhunderts erstaunt aus einem ganz bestimmten Grund. Denn Jhering schreibt sich mit seinen Perspektivverschiebungen in einen juristischen Diskurs ein, der sich schon aufgrund seiner real-politischen Entwicklungen für funktional-gesellschaftliche Fragen öffnet. Gemeint ist die Debatte um das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) und seine Entwürfe, die, obwohl sie ein genuin gesetzepolitisches Vorhaben betrifft, ihre Spuren auch in den Privatrechtswissenschaften hinterlässt. Hier sind Verschiebungen hin zu einer funktionalistischen Gesellschaftsorientierung im Recht zu erkennen, die auch Jhering im *Zweck* vollzogen hat.³⁶²

I. L'urgence: Die zu bewältigende Kodifikation des Privatrechts

Die Veröffentlichung des ersten Entwurfs des BGBs als Gesamtkodifikation für das Deutsche Reich im Frühjahr 1888 bildet eine Zäsur in den Privatrechtswissenschaften. Für alle sichtbar wird ein Wechsel der wichtigsten Textgrundlagen für das Privatrecht eingeleitet. *Corpus iuris civilis* und

362 Jhering selbst schaltet sich in die Debatte nur in geringem Maße ein. Lediglich in seinem Spätwerk *Der Besitzwille* aus dem Jahre 1889 nützt er das Nachwort, um seine abwertende Position zum Entwurf des BGBs darzustellen: Er wirft diesem „Künstelei“, „Nominalismus“ und „Transcendentaljurisprudenz“ (Jhering 1889: 475, 502, 515) vor; er sei das Ergebnis einer der Rechtslogik verhafteten, formalistischen „Begriffsjurisprudenz“ (ebd.: 501), die „der praktischen Realität entbehre“ und daher Folgen zeitige, die „den praktischen Anforderungen Hohn“ sprächen (ebd.: 474, 490). Allerdings relativiert er diese Kritik, indem er sie nicht mit Blick auf den generellen Charakter des Entwurfs entwickelt, sondern allein auf die vorgeschlagenen Besitzregelungen. Zum anderen betont er die politische Notwendigkeit der baldigen Kodifikation, die es rechtfertige, gewisse Kritikpunkte außen vor zu lassen (vgl. ebd.: 534).

partikulare Gesetzbücher werden nur noch für eine kurze Zeit das geltende Recht direkt bestimmen (vgl. Repgen 2001: 32f.).³⁶³

1. Eine kurze Geschichte der Kodifikation des BGBs

Im Zuge der Gründung des Deutschen Reichs im Jahr 1871 treibt die Reichsgesetzgebung die Rechtsvereinheitlichung voran. Gerade im Bereich des Zivilrechts existieren zu dieser Zeit nach wie vor noch erhebliche territoriale Unterschiede. Nur in Teilbereichen des Privatrechts besteht eine einheitliche Gesetzgebung (z.B. Handelsrecht, ADWO).³⁶⁴ Allerdings stößt die Rechtsvereinheitlichung zunächst an Grenzen: Gem. Art. 4 Ziff. 13 der Verfassung des Reiches von 1871 ist die Gesetzgebungskompetenz seitens des Bundes nur für das Schuldrecht gegeben.³⁶⁵ Insbesondere die National-liberale Partei ist von Anfang an an der Gesamtkodifikation interessiert. Die Anträge der nationalliberalen Abgeordneten Eduard Lasker und Johannes Miquel auf eine entsprechende Verfassungsänderung scheitern jedoch zunächst mehrfach (zu den Gründen vgl. Schubert 1978: 28f.).³⁶⁶ Im Jahre 1873 wird schließlich mit großer Mehrheit das *Lex Lasker* erlassen, das die Erweiterung der Bundeszuständigkeit für das gesamte bürgerliche Recht in die Verfassung aufnimmt.

Im Februar 1874 wird zunächst eine Vorkommission aus fünf Juristen gegründet. Sie wird beauftragt, „über Plan und Methode, nach welchen bei Aufstellung des Entwurfs eines deutschen bürgerlichen Gesetzbuches zu verfahren sei, gutachtliche Vorschläge zu machen“ (BR-DR Nr. 78 v. 9.6.1874, zitiert nach Benöhr 1977: 80). Bereits nach sechs Wochen über-

363 Zum zeitgenössischen Bewusstsein über diesen Wendepunkt durch das BGB vgl. Leonhard 1900a; Landsberg 1913; zur zeitgenössischen Debatte um die Problematik, welche Auswirkungen die Entziehung der herkömmlichen Textgrundlagen für die Rechtswissenschaft habe, vgl. die Literaturhinweise bei Maas 1899: 72f. Mit Blick auf die Entwicklung der Rechtsprechung wird heutzutage allerdings bezweifelt, dass es sich tatsächlich um einen Wendepunkt handelte (vgl. Zimmermann 2001: 6f.).

364 Zu den Debatten über eine Rechtsvereinheitlichung durch Gesamtkodifikation zwischen 1815 und 1866 vgl. Schöler 2004: 132ff.

365 Zur Entstehungsgeschichte des BGBs vgl. insbesondere Vierhaus 1888; Sohm 1900; Schubert 1966, 1978, jeweils m.w.N.

366 Die Gegner der Gesamtkodifikation machen unter anderem auch das alte Motiv der Historischen Rechtsschule geltend, dass aufgrund des Zusammenhangs des Rechts mit dem Volksleben ein solches Gesetz nicht künstlich geschaffen werden könne (vgl. Vierhaus 1888: 38).

reicht sie das angeforderte Gutachten, dessen Vorschlägen – mit einigen Ergänzungen des Justizausschusses – der Bundesrat zustimmt.³⁶⁷ Im Juli 1874 wird eine Kommission – die sogenannte erste Kommission – eingesetzt. Elf Juristen – neun Ministerialbeamte und Richter sowie zwei Professoren des Rechts (der Romanist Bernhard Windscheid sowie der Germanist Paul von Roth) – sollen nun unter dem Vorsitz des Präsidenten des Reichsoberhandelsgerichts Pape einen Entwurf für das BGB erstellen.³⁶⁸ Die Ausarbeitung der einzelnen Teile („Bücher“) des BGBs wird Redaktoren übertragen, deren Teilentwürfe ab 1881 als Grundlage der Diskussion der Kommission dienen.³⁶⁹ Die Arbeit am ersten Entwurf des BGBs dauert mehr als 13 Jahre. Am 12. Januar 1888 kommt er vor den Bundesrat, der ihn zugleich dem Justizausschuss überweist.

Auf Anraten des Justizausschusses beschließt der Bundesrat, den Entwurf des BGBs nebst den fünfbändigen – allerdings von der ersten Kommission niemals genehmigten – Motiven zu veröffentlichen (vgl. Motive zu dem Entwurfe 1888a).³⁷⁰ Schon bald nach der Veröffentlichung im Jahre 1888 setzt „mit der Plötzlichkeit und Heftigkeit eines Wolkenbruchs“

367 Allerdings liefern die Vorschläge des Gutachtens nach dem Willen des Bundesrates für die einzusetzende Kommission nur Anhaltspunkte und keine Bindung (vgl. Schubert 1966: 114). Das Gutachten verfasste übrigens der Handelsrechtler Levin Goldschmidt, bei dem später Max Weber promovierte.

368 Die Auswahl erfolgt aus politischen und sachlichen Gründen (vgl. Schubert 1978: 36ff.). Zu letzteren zählt der Anspruch, in den Personen der Kommissionsmitglieder die verschiedenen geltenden Rechtsgrundlagen zu repräsentieren. Da die Kommissionsmitglieder Windscheid und Planck, aber auch Gebhard und Karl von Mandry, Nachfolger des 1884 verstorbenen von Kübels, zu den Romanisten zu zählen sind, wird – neben des Einflusses Windscheids – von einer Übermacht der Romanisten in der Kommission ausgegangen. Dies zeigt sich auch in der Kritik am Entwurf (s.u. II.2).

369 Vgl. hierzu Schubert 1981-1986.

370 Bereits die Vorkommission hatte eine solche Empfehlung ausgesprochen (vgl. Rassow 1877: 188, 193). Bei den *Motiven* handelt es sich trotz ihres Untertitel „Amtliche Ausgabe“ um eine nicht-amtliche Zusammenfassung, da sie nicht von der Kommission geprüft und gebilligt wurden, sondern vielmehr eine Zusammenfassung der Motive der Kommission durch Hilfsarbeiter der Redaktoren darstellen. Daher wird ihr Aussagewert mithin sehr skeptisch beurteilt, auch schon zur damaligen Zeit (vgl. die Literaturhinweise bei Schubert 1966: 35; Repgen 2001: 10f.). Trotz dieser Kritik übten sie jedoch einen nicht unerheblichen Einfluss auf die Praxis und, wie Werner Schubert anmerkt, „in geringerem Maße auch auf die Wissenschaft“ aus (Schubert 1966: 35). Außerdem nimmt die kritische Literatur zum ersten Entwurf in großem Umfang auf die *Motive* Bezug, so dass sie insofern für die Auseinandersetzung um das BGB und seine Entwürfe von großer Bedeutung sind.

(Laband 1906: Sp. 3)³⁷¹ eine unerwartet leidenschaftliche und breitgefächerte Debatte ein – mit Beiträgen nicht nur in den Fachjournalen, sondern weit darüber hinaus bis hin zur Tagespresse (Hattenhauer 2004); sie stammen nicht nur von Juristen, sondern auch von berufsständisch organisierten Interessensverbänden, den Parteien und zahlreichen weiteren Vereinigungen (vgl. Schubert 1966: S. 35f.).³⁷² Allein die durch den damaligen Bibliothekar des Reichsgerichts erstellte Bibliographie für den Zeitraum von 1888 bis 1898 enthält über 5.000 Titel zum Entwurf und zum BGB (Maas 1899).³⁷³

Die heftige Kritik am ersten Entwurf, insbesondere an seiner „unsozialen Tendenz“ (s. § 4.II), führt im Jahre 1890 zur Einsetzung einer zweiten Kommission, die diesen überarbeiten soll (vgl. hierzu Schubert 1966: 50ff.; Schulte-Nölke 1995: 282ff.). Zu den 25 Mitgliedern in der zweiten Kommission zählen nicht nur Vertreter des in seinem Einfluss gestärkten Reichsjustizamts sowie der Bundesregierung und der Rechtswissenschaft, sondern auch solche der großen Parteien (mit Ausnahme der Sozialdemokraten), der Großagrarier, des Handels, der christlichen Konfessionen und des Judentums sowie der Nationalökonomie (vgl. Haferkamp 2009a: 230).³⁷⁴ Zum Generalreferenten wird Gottlieb Planck ernannt, Redaktor für das Familienrecht im ersten Entwurf. Am 22. Oktober 1895 erhält der Reichskanzler den zweiten, umgearbeiteten Entwurf. Dieser findet in der Öffentlichkeit – trotz begleitender öffentlicher Berichterstattung über die Arbeit der Kommission – weit weniger Beachtung als der erste.³⁷⁵ Nach einigen Änderungen durch den Justizausschuss passiert der Entwurf einstim-

371 Dagegen interessierten sich während der Vorbereitung des Entwurfs nur sehr wenige Rechtswissenschaftler für das Kodifikationsvorhaben (vgl. Landau 1999), auch wenn es an die Grundlagen des Fachs rührte.

372 Zu den Forderungen der bürgerlichen Frauenbewegung vgl. Riedel 2008; zu den Berufsständen vgl. Bähr 1972; zu den Parteien vgl. Brandt 1975 bzw. zur Sozialdemokratie Vormbaum 1997.

373 Diese Bibliographie wurde weitergeführt (vgl. hierzu Repgen 2001: 33 Fn. 42). Weitere Überblicke aus jener Zeit bieten etwa auch Reichsjustizamt 1967c [1890-1891]; O. Bähr 1888c, 1890; Neumann 1888, 1889a, 1889b; Sohm 1895; Petersen 1890; Ring 1888 – sie sind allesamt damit beschäftigt, die Literaturflut zu gliedern.

374 Gustav Schmoller lehnte die Teilnahme an der Kommissionsarbeit ab, die Berufung Gierkes an dessen Stelle war heftig umstritten und scheiterte insbesondere am Widerstand Bayerns. Stattdessen einigte man sich auf den Nationalökonom Johannes Conrad (Schubert 1978: 56).

375 Zur Einschätzung, dass das BGB – insbesondere nach der Abänderung im zweiten Entwurf (vgl. etwa Ennecerus 1896; Sohm 1895, 1900; kritisch Landsberg 1894/95) – seiner sozialen Aufgabe gerecht werde, vgl. die Literaturnachweise

mit dem Bundesrat und wird nach mehrfacher Lesung und Debatte per Mehrheitsentscheidung des Reichstags im Juli 1896 verabschiedet.³⁷⁶ Am 1. Januar 1900 – 27 Jahre nach der Begründung der Bundeskompetenz zur Gesamtkodifikation des Privatrechts – tritt das BGB in Kraft.³⁷⁷

2. Kodifikation als Bestandsaufnahme

Die Aufgabe der Gesamtkodifikation sah man seinerzeit nicht als eine genuin politische Aufgabe an. Schon die Vorkommission bestimmt sie nämlich primär in der Bestandsaufnahme der bestehenden Rechtslage:

Der Entwurf soll unter Berücksichtigung der geltenden Gesetzbücher und der von den Einzelstaaten sowie im Auftrage des ehemaligen Deutschen Bundes über einzelne Rechtstheile ausgearbeiteten Gesetzesentwürfe, das den *Gesamttzuständen* des Deutschen Reichs entsprechende bürgerliche Recht in einer den Anforderungen der heutigen Wissenschaft gemäßen Form kodifizierend zusammenfassen. (Gutachten der Vorkommission 1878 [1874]: 182, H.i.O.)³⁷⁸

Die Vorkommission empfiehlt aufgrund der zu bewältigenden Aufgaben, „daß an den bewährten gemeinschaftlichen Institutionen und Sätzen der innerhalb des Deutschen Reiches bestehenden Civilrechts-Systeme festgehalten“ werde (ebd.). Etwaige Neuerungen sollen nur bei „Divergenzen“ eingeführt werden, wobei die „Entscheidung in erster Linie nach Rücksicht des Bedürfnisses und der Zweckmäßigkeit, in zweiter Linie nach juristisch-logischer Folgerichtigkeit getroffen“ werden solle – jedoch immer

bei Reppen 2001: 511ff. Selbst so fundamentale Kritiker des BGBs und seiner Entwürfe wie Anton Menger und Otto von Gierke (s.u.) gestehen dem zweiten Entwurf zu, dass er sich stärker an der sozialen Realität und an den Problemen der Zeit orientiert habe, so dass man im Hinblick auf die Integration sozialpolitischer respektive sozialer Ideen manche Verbesserungen erkennen könne (Menger 1905: 30; Gierke 1896: 6; s.a. Pfizer 1891: 2).

376 Nur die Sozialdemokraten stimmten geschlossen gegen den Entwurf, vgl. hierzu Vormbaum 1997. Zu den problematischen Diskussionspunkten wie Vereinsrecht, Frauenrechte und Wildschadensregulierung vgl. Schlosser 1997: 16ff.

377 Zu den ambivalenten Reaktionen auf das Inkrafttreten des BGBs vgl. Schlosser 1997: 7ff. m.N.

378 Das Gutachten ist wiederholt abgedruckt worden, hier wird aus den *Materialien zur Entstehungsgeschichte des BGB* zitiert (Gutachten der Vorkommission 1878 [1874]). Vgl. zum Gutachten der Vorkommission insbesondere Benöhr 1977.

„mit schonender Rücksicht auf das überlieferte Recht und eigenthümliche örtliche Verhältnisse“ (ebd.).

Der Ausschuss des Bundesrates für Justizwesen fasst die Meinung der Vorkommission nochmals dahingehend zusammen, „daß im Wesentlichen das Gegebene zu kodifizieren sei“ (zitiert nach Rassow 1877: 201). Die Vorkommission hatte also die Weiche nicht in Richtung einer Setzung neuen Rechts gestellt, und der Bundesrat folgte ihr in dieser Auffassung (Benöhr 1977: 80). Indem die Aufgabe in der Rechtsvereinheitlichung und nicht in der Rechtsschöpfung gesehen wird, erfolgt eine Beschränkung der politischen Aufgabe: Nach Ansicht des Ausschusses des Bundesrates für Justizwesen sei es nicht Sache der legislativen Politik, festzulegen, welche Prinzipien für die einzelnen Rechtsinstitute zur Anwendung zu bringen seien. Diese „größeren prinzipiellen Fragen“, d.h. die Festlegung der normativen Wertmaßstäbe, bleibe der Kommission vorbehalten (ebd.).³⁷⁹

Die Vereinheitlichung könne dabei letztlich nur unter dem Gesichtspunkt der Systematisierung erfolgen, d.h. der Herausarbeitung eines Zivilrechtssystems, das die „einheitliche[] systematische[] Beherrschung des Rechtsstoffes“ gewährleiste (Gutachten der Vorkommission 1978 [1874]: 175).³⁸⁰ Es solle explizit keine Kasuistik darstellen (ebd.). „Man hat es“ – wie der Ausschuss des Bundesrates für Justizwesen ergänzend feststellt –

nicht mit bloßen Zusammenstellungen, sondern mit der systematischen Verarbeitung eines ganzen, theils auf Gesetzen, theils auf Gewohnheitsrecht, Wissenschaft und Praxis beruhenden Rechtszustandes zu thun, der in Gesetzesform zu bringen ist (zitiert nach Rassow 1877: 207).

Damit verschiebt sich das gesetzgeberische Problem in Richtung eines wissenschaftlichen Problems. Entsprechend der Vorstellung der Rechtswissenschaft als Wissenschaft der Wirklichkeit wird die Gesetzgebung nicht an normative Vorgaben, sondern an die wissenschaftliche Wahrheit gekoppelt. So zeige sich – wie etwa bei dem zu schaffenden Allgemeinen Teil des

379 Entgegen der weitreichenden Kritik am ersten Entwurf des BGBs im Namen der verfehlten „sozialen Aufgabe“ des Privatrechts (s.u.) zieht die Veröffentlichung des Gutachtens keine Debatte über seine konservative Tendenz nach sich (Benöhr 1977: 81).

380 Damit ist auch die Entscheidung für die Einführung eines allgemeinen Teils getroffen, der die „wichtigsten allgemeinen Lehren“ und „allgemeine Rechtsprinzipien“ enthalten soll (vgl. Gutachten der Vorkommission 1978 [1874]: 179). Zur Prinzipienorientierung des BGBs durch technische Behandlung des Stoffs vgl. Rückert 2003: 42 ff. [Rn. 16ff.].

BGBs – dass „die Abstraktion der allgemeineren Rechtsbegriffe und Rechtswahrheiten aus dem Besonderen [...] nicht Sache des Gesetzgebers, sondern der Theorie“ sei (ebd.: 205).

Die Aufgabe der Kodifikation eines einheitlichen BGBs wird also nicht primär als politisches Projekt angesehen. Es wird vielmehr als eine – entsprechend des Gedankens der Rechtsvereinheitlichung, nicht Rechtsschaffung – wissenschaftlich-systematisierende Aufgabe festgelegt.³⁸¹ Trotz der damit verbundenen Orientierung am Gewordenen, am Recht, dass historisch gewachsen und das nun zu kodifizieren sei, erfolgt eine Verschiebung in der Rechtsquellenlehre.

3. Die Verabschiedung des Gewohnheitsrechts

Mit dem Entschluss zur Gesamtkodifikation wird die Gesetzgebung als legitime Rechtsquelle des Privatrechts nicht mehr in Frage gestellt. Mehr noch: Die Stellung des Gewohnheitsrechts wird explizit revidiert.³⁸² Der erste Entwurf spricht sich in § 2 gegen das Gewohnheitsrecht aus: „Gewohnheitsrechtliche Rechtsnormen gelten nur insoweit, als das Gesetz auf Gewohnheitsrecht verweist.“ (Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches 1888: 1)³⁸³ Laut den *Motiven* wird damit dem Gewohnheitsrecht „die Kraft, das Gesetzesrecht aufzuheben, zu ändern oder zu ergänzen“ (Motive zu dem Entwurfe 1888b: 6) versagt.

Die Idee des Gewohnheitsrechts der Historischen Rechtsschule, die die Kommissionsmitglieder als „herrschende Meinung“³⁸⁴ unter den Juristen

381 Respektive es wird die Rechtsvereinheitlichung selbst als die politische Aufgabe formuliert (vgl. etwa Kuntze 1889: 5f.).

382 Zur Revision der Stellung des Gewohnheitsrechts bei Windscheid vgl. Jakobs 1983: 74ff.

383 Explizit nicht tangiert ist durch § 2 die sogenannte „Gewohnheit im natürlichen Sinne – der tatsächlichen Uebung, dem Gebrauche, der Sitte – für die Ermittelung des rechtsgeschäftlichen Willens“ (Motive zu dem Entwurfe 1888b: 9, H.i.O.). Die Ausdrücke „Verkehrssitte“ in §§ 84, 86 IV, §§ 359, 789 I Entwurf BGB sowie bei sachenrechtlichen Verhältnissen der Ausdruck „Ortsüblichkeit“ (§§ 850, 851 III) stellen Verweise auf diese Gewohnheit im natürlichen Sinne dar.

384 Das Gewohnheitsrecht ist zu dieser Zeit auch von prominenter Seite immer wieder scharf kritisiert worden (vgl. Zitelmann 1883 m. zahlr. N.) – was aber selbst in den Augen der Kritiker nichts an seiner Stellung als „herrschende Ansicht“ in den 1880ern ändert (vgl. ebd.: 436). Der Delegitimierung des Gewohnheitsrechts entspricht nach Schröder ein Wandel des Rechtsbegriffs hin zu einem Willensbegriff: Recht erscheint etwa als „erklärter Gemeinwille“ (Binding), „allgemei-

identifizieren, wird auf mehrfache Weise angegriffen: Erstens wird das Gewohnheitsrecht selbst nun in ein Entwicklungsschema eingebettet, das es in der Gegenwart als überholt erscheinen lässt. So wird zwar in keiner Weise die „große Bedeutung des Gewohnheitsrechtes für das Rechtsleben eines in den Anfangsstadien der Entwicklung begriffenen Volkes“ (ebd.: 5) bestritten. Letztlich habe sich aber heute gegenüber „der Verherrlichung welche dem Gewohnheitsrechte unter dem Einflusse der historischen Schule mannigfach zu Theil geworden“ ist, die Einsicht durchgesetzt, dass „das Recht durch seinen Uebergang von dem Gewohnheitsrechte zum Gesetzesrechte einen wesentlichen Fortschritt macht“. Mit „Erstarkung des staatlichen Gedankens und der wachsenden Verwicklung der Lebensverhältnisse“ erfahre das Gewohnheitsrecht im Bereich des Privatrechts „erfahrungsgemäß eine Einbuße; es verliert an rechtserzeugender Kraft und tritt mehr und mehr in den Hintergrund“ (ebd.).

Zweitens sprechen praktische Gründe für den Vorrang der Gesetzgebung.³⁸⁵ Zum einen bestehe – so die erste Kommission – kein „zwingendes Bedürfnis“ für die Zulassung des Gewohnheitsrechts, auch nicht angesichts der anerkannten Unmöglichkeit einer vollständigen Kodifizierung (Motive zu dem Entwurfe 1888b: 6).³⁸⁶ Denn selbst wenn davon ausgegangen wird, dass die Kodifikation angesichts der Vielgestaltigkeit des Lebens immer unvollständig sei und die menschlichen Verhältnisse zudem stets wandelbar seien, würde diesen Faktoren durch die Gesetzgebung genügend Rechnung getragen: Sie reagiere mittlerweile hinreichend schnell auf ein verändertes Verkehrsleben und sich wandelnde Bedürfnisse. Und selbst wenn dies nicht der Fall sein sollte, dann gewährleiste die notwendige Anpassung „die in theoretischer und praktischer Arbeit sich bethätigende Wissenschaft“ (ebd.: 7), d.h. Rechtswissenschaft und Rechtsprechung. Denn die Rechtswissenschaft (und mit ihr der wissenschaftlich informierte

ner Wille“ oder als „erklärter Wille der Gemeinschaft“ (Heck; s. Schröder 2012: 281ff., 2007). Zum Wandel der Idee des Gewohnheitsrechts ab Mitte des 19. Jahrhunderts vgl. auch Ross 1929.

385 Das gelte selbst dann, wenn man wie das Mitglied der zweiten Kommission Rudolph Sohm das Gewohnheitsrecht ansieht als „den Lilien auf dem Felde vergleichbar, ohne Mühe und Arbeit zur Welt geboren, und doch herrlicher gekleidet als Salomo“, demgegenüber die Kodifikation aber „nothwendig unvollkommenes, gemachtes, in der Studirstube erzeugtes, von des Gedankens Blässe angekränkelt, fabrikmäßig auf Vorrath gearbeitetes Recht“ hervorbringt (Sohm 1895: 739). Denn für Sohm führt kein Weg an der Kodifikation vorbei, und zwar aus „*praktischen* Gründen“ der nationalen Einheit (ebd., H.i.O.).

386 Das gelte sowohl bzgl. eines ab- bzw. derogatorischen, d.h. zuwiderlaufenden, als auch bzgl. eines suppletorischen, d.h. ergänzenden Gewohnheitsrechts.

Richter) zeige sich – so die Kommission – als „die lebendige Macht, welche mit stets verjüngter Kraft die Fülle des Rechtes erschließt, die den im Gesetz ausgesprochenen, in ihrer wahren Bedeutung und inneren Zusammengehörigkeit erkannten Rechtssätzen innewohnt“ (ebd.: 7f.).

Drittens verabschiedet die erste Kommission Savignys Idee der Repräsentation des holistischen Ganzen im Gewohnheitsrecht. Denn nun erscheint ein gemeines, d.h. das ganze Reich umfassendes Gewohnheitsrecht, auch gar nicht vorstellbar:

Bei der Ausdehnung des deutschen Rechtsgebietes, bei der Verschiedenheit der Stammeseigenthümlichkeiten, der Mannigfaltigkeit der Verkehrsgestaltungen und dem Widerstreite der Interessen bedürfte es eines besonderen Zusammentreffens von Umständen, wenn eine das gesammte Volk oder gewisse Berufskreise des Volkes umfassende Rechtsüberzeugung im Widerspruche mit dem Gesetzesrechte oder neben demselben sollte sich entwickeln und auf dem Wege der Uebung bethätigen können. (Ebd.: 8)

Savignys Prämisse, dass angesichts der Rechtszersplitterung das gemeinsame Band im Gewohnheitsrecht zu sehen sei, wird *ad acta* gelegt.³⁸⁷ In Bezug auf das ganze Reichsgebiet sei nur von der Existenz „partikularen“ Gewohnheitsrechtes auszugehen, wobei gerade diese Partikularität einer Rechtsvereinheitlichung zuwiderlaufe.³⁸⁸

Dieser auf breiter Linie gefahrene Angriff gegen das Gewohnheitsrecht mag zwar nicht verwundern, würde doch die Kommission mit der Verteidigung des Gewohnheitsrechtsgedankens der Historischen Rechtsschule ihre eigene Tätigkeit delegitimieren: die Vorbereitung der von Savigny so vehement abgelehnten Gesamtkodifikation. Bemerkenswert erscheint dieser Angriff aber gerade deshalb, weil er zwar heftig kritisiert wird.³⁸⁹ Doch auch in dieser Kritik wird gerade nicht die Legitimation der Kodifikation

387 Zudem macht die Kommission noch das Motiv der Rechtssicherheit geltend: Die Folgen der Unbestimmtheit des Gewohnheitsrecht rechtfertigen in ihren Augen seinen Ausschluss (Motive zu dem Entwurfe 1888b: 8f.).

388 Diese Feststellung ist insofern bemerkenswert, als es in den Verhandlungen des Gutachtens der Vorkommission – so der Bericht des Ausschusses des Bundesrates für Justizwesen an den Bundesrat vom 9. Juni 1874 – heißt, dass die „Kulturzustände, die Lebensverhältnisse [...] im Ganzen im Deutschen Reiche gleich“ seien und daher eine Gesamtkodifikation möglich sei (zitiert nach Rassow 1877: 200). Diese Gleichheit der Kulturzustände bezieht die erste Kommission jedoch gerade nicht auf das nun als partikulär verstandene Gewohnheitsrecht, sondern rückt das Bild der widerstrebenden Interessen in den Vordergrund.

389 Einen Überblick liefert Reichsjustizamt 1967a [1890]: 36ff.; 1967b [1891]: 25ff.

des Privatrechts in Frage gestellt.³⁹⁰ Stattdessen geht es hauptsächlich um die Frage, in welchem Verhältnis die Rechtsquellen zueinander stehen: Es wird bestritten, dass es möglich sei, Gewohnheitsrecht durch Gesetzesrecht zu verbieten, da es als eigenständige Rechtsquelle in keinem Über- oder Unterordnungsverhältnis zum Gesetzesrecht stehe (vgl. Reichsjustizamt 1967a [1890]: 37 m.w.N.). Eine Beseitigung des Gewohnheitsrechts sei letztlich unmöglich (Schuppe 1890). Und selbst wenn der Gesetzgeber diesen widersinnigen Versuch unternähme, dann werde sich die Volksvernunft quasi *contra legem* durchsetzen (vgl. Pfizer 1889: 12), da die Kluft zwischen Volks- und Juristenrecht dadurch zementiert werde.³⁹¹ Auch Gründe der Rechtssicherheit sowie die Gefährdung der Rechtseinheit sprechen nach Ansicht der Kritiker nicht gegen die Anerkennung des Gewohnheitsrechts als gleichwertige Rechtsquelle; und zudem überschätze der Ge-

390 Nur wenige lehnen unter Bezugnahme auf die Historische Rechtsschule das Vorhaben der Gesamtkodifikation ab bzw. halten es für ein grundlegendes Übel (vgl. Brinz 1879; Bähr 1888a: 398, 451, 454f. insbesondere mit dem Verweis auf den Lebensbezug des Rechts als organisches, geistiges Fluidum, wie es in Savignys System zum Ausdruck kommt; allerdings plädiert Otto Bähr für eine fortschreitende Einzelgesetzgebung, vgl. ebd.: 459; 1892: IV). Demgegenüber hatte Moritz Bethmann-Hollweg, Schüler von Savigny, bereits drei Jahre zuvor die Meinung vertreten, dass aufgrund der Entwicklung der Rechtswissenschaft eine Kodifikation nun möglich sei (vgl. Bethmann-Hollweg 1876; s.a. Landau 1999: 321ff.). Ob es eine Gesamtkodifikation geben solle, wird von der Mehrheit nicht nur angesichts der gesetzgeberischen Entscheidungen als „spruchreif“ angesehen (Rassow 1877: 168; vgl. etwa auch Hölder 1889: 6, 14; Pfizer 1892b: 15-17), sondern ihre Unterlassung sei gar ein „nationales Unglück“ (Zitelmann 1889: 1; Goldschmidt 1889: III; s.a. Leonhard 1891: 2; Kloeppel 1889: 65).

391 Auch in der Frage des Gewohnheitsrechts wird eine Verbindung zu einem der Hauptvorwürfe gegen den ersten Entwurf gezogen, dass es sich bei dessen § 2 nämlich – in Anlehnung an Beseleres Unterscheidung – um Juristenrecht und nicht um Volksrecht handele (vgl. Sohm 1895: 741): Für Otto Gierke, den vehementen germanistischen Kritiker des Entwurfs, zeigt sich der § 2 als Ausdruck der Verdrängung bzw. Vernichtung von Volksrecht, der die innerste Seele des Entwurfs spiegele, nämlich das ganze Rechtsleben der „gereinigten[n] Pandekten-doktrin“ zu unterwerfen (Gierke 1889a: 129). Dieser Vorwurf konstatiert jedoch einen Mangel – namentlich den Mangel an Volkstümlichkeit (s.u.). Er stellt gerade nicht die Legitimation der Kodifikation des Privatrechts in Frage. Anton Menger lehnt demgegenüber das Gewohnheitsrecht generell ab, da es „sich im wesentlichen als das Resultat eines erfolgreichen Interessenkampfes der Mächtigen gegen die Schwachen darstellt“ (Menger 1890: 6) und damit die Wurzel der bestehenden Ungerechtigkeiten sei.

setzgeber die Gesetzgebungskunst (Hölder 1888: 14f.; Gierke 1889a: 127).³⁹²

Indem man die Anerkennung des Gewohnheitsrechts fordert (bzw. deren Aberkennung kritisiert), zweifelt man nicht an der Legitimität der Gesetzgebung im Bereich des Zivilrechts. Anders formuliert: Das Gewohnheitsrecht ist nicht mehr die Problematisierungsweise der Legitimität der Kodifikation, sondern wird zum Prüfstein der Güte des Entwurfs. Was dabei das Gewohnheitsrecht in den Augen der Kritiker gewährleistet, ist die Anbindung des Rechts an das Volksleben, insbesondere im Hinblick auf dessen ständigen und schnellen Wandel. Das Gewohnheitsrecht antwortet nun nicht mehr auf eine (idealistische) Verankerung in der Vergangenheit, sondern verweist auf gegenwärtige gesellschaftliche Entwicklungen – sie sind das drängende Problem, wie es ja auch die Kommission mit ihren Ausführungen zu Schnelligkeit der Gesetzgebung und Flexibilität der Wissenschaft und Rechtsprechung sieht. Die Verschiebung hin zur Gegenwart, hin zur Frage, in welchem Verhältnis das Rechts zu den gegenwärtigen gesellschaftlichen Entwicklungen steht, zeigt sich aber am deutlichsten in der privatrechtswissenschaftlichen Debatte, die sich anhand der Kritik am ersten Entwurf des BGBs entspannt.

II. Die Kritik des Entwurfs des BGBs im Namen der „sozialen Aufgabe“

Das Schlagwort für die Kritik liefert 1889 der Germanist Otto von Gierke mit dem Titel seines Vortrags *Zur sozialen Aufgabe des Privatrechts* (Gierke 1889b).³⁹³ Damit bringt er die vernichtende Beurteilung in seiner Mono-

392 Die zweite Kommission trägt den Einwänden Rechnung und streicht den § 2 ganz. Die Regelung des Verhältnisses von Gesetzes- und Gewohnheitsrecht wird dem Einführungsgesetz (EGBGB) vorbehalten; allerdings regelt auch dieses letztlich das Gewohnheitsrecht nicht explizit, sondern übergeht es stillschweigend im Rahmen des Art. 2 EGBGB (vgl. Geyer 1998: 150ff.). Die zweite Kommission sieht aber auch keine Notwendigkeit, das Gewohnheitsrecht ausdrücklich anzuerkennen. Die Problematik wird – analog zur ersten Kommission – vielmehr in Wissenschaft und Rechtsprechung verlagert: „Rechtssätze, die sich in der Judikatur unter dem Namen der Analogie, der einschränkenden oder ausdehnenden Auslegung, der feststehenden Praxis und dergl. herausbilden, seien in Wahrheit nichts als Gewohnheitsrecht, und dieses mit Fug und Recht ein Produkt der fortbildenden Thätigkeit des Richters.“ (Mugdan 1899: 570).

393 Gierke sehen sowohl Kritiker als auch Befürworter des BGBs als Wortführer in der Debatte an (vgl. etwa Sohm 1895: 740, 1900: 6; Oertmann 1896b: 7; Ring 1888: 193; Fuld 1891: 637; s.a. Repgen 2001: 16 m.w.N.).

graphie *Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht* auf einen einfachen Nenner. Betrachtet man den Entwurf als Ganzes, so mag er zwar auch für Gierke so manche lobenswerten Eigenschaften haben, jedoch gilt: „Nur ist er nicht deutsch, nur ist er nicht volkstümlich, nur ist er nicht schöpferisch – und der sittliche und sociale Beruf einer neuen Privatrechtsordnung scheint in seinen Horizont überhaupt nicht eingetreten zu sein!“ (Gierke 1889a: 2) Wenn man überhaupt von einer sozialen Tendenz des Entwurfs sprechen könne, so sei dies ihm zufolge „die individualistische und einseitig kapitalistische Tendenz des reinsten Manchestertums, [...] jene gemeinschaftsfeindliche, auf die Stärkung des Starken gegen den Schwachen zielende, in Wahrheit antisociale Richtung“ (ebd.: 3). Die Frage, welche Aufgabe der Gesetzgebung zukomme, klärt sich in dieser Perspektive letztlich über die Beantwortung der Frage, welche soziale Aufgabe das Privatrecht hat.

1. *Die Diffusität des Sozialen: „Soziale Aufgabe“, „Sozialpolitik“, „Soziale Frage“ etc.*

Insbesondere der Vorwurf der antisozialen Tendenz, das Verfehlen der sozialen Aufgabe des Privatrechts durch den Entwurf, wird zum zentralen Topos in der Debatte um das zu schaffende BGB (vgl. Fuld 1891: 636; Sohm 1895: 747).³⁹⁴ Es ist jedoch alles andere als eindeutig, was mit dem

394 Weite Teile begreifen entweder den Entwurf als geeignete Grundlage für die weitere Kodifikationsarbeit (Schubert 1978: 50; vgl. die Literaturnachweise in Reichsjustizamt 1967a [1890]: 1f.; 1967b [1891]: 1f.), oder aber treten trotz grundlegender Kritiken aus Gründen der nationalen Rechtseinheit für seine Verbesserung, nicht für seine Ablehnung ein (vgl. etwa Liszt 1889; Bekker 1888; Zitelmann 1889; Goldschmidt 1889). Dementsprechend befassen sie sich vorwiegend mit einzelnen Änderungsvorschlägen, auch wenn sie dabei grundsätzliche Fragen ansprechen. Die Grundsatzfrage nach der sozialen Aufgabe des Privatrechts diskutiert man daher auch zu überwiegenden Teilen nicht abstrakt, sondern bezogen auf einzelne Rechtsinstitute und Normen. Vorliegend wird nicht im Speziellen auf solche Einzelfragen eingegangen (vgl. etwa Schröder 1981; zu Teilen Repgen 2001) – nicht nur aus praktischen Gründen, da ein solches Vorhaben angesichts der Masse der Einlassungen den Rahmen sprengen würde, sondern weil vorliegend die Verschiebung der Problematisierungsweisen im Hinblick auf die Fassung des Gegenstandes ‚Gesellschaft‘ im Recht in der Privatrechtswissenschaft untersucht wird.

Begriff ‚sozial‘ gemeint ist.³⁹⁵ Ganz unterschiedliche Aufgabenbeschreibungen und Motive werden damit auf den Plan gerufen – und zwar nicht nur von den Kritikern des BGBs und seiner Entwürfe, sondern ebenso von seinen Verteidigern.³⁹⁶ So wird nicht nur nach der „Sociale[n] Aufgabe des Privatrechts“ (Gierke 1889b) gefragt, sondern ebenso nach derjenigen der „Rechtswissenschaft“ (Menger 1895).³⁹⁷ Zudem wird die Aufgabe einer „socialen Gesetzgebungspolitik“ ins Feld geführt (Ehrlich 1890b). Mithin erscheint das Privatrecht selbst als „Sozialrecht“ (Gierke 1889b: 42); man spricht vom „socialem Recht“ (Pfizer 1893), der „Schaffung einer socialen Rechtsordnung“ (Pfizer 1891: 2) oder vom „sozialen Charakters des Privatrechtes“ (Ofner 1894: 57).

Viele verstehen unter der „sozialen Aufgabe“ insbesondere den Schutz der Armen und Schwachen.³⁹⁸ Damit schneiden sie aber auch die Klassenfrage an; berühmt geworden ist etwa die Kritik des österreichischen Zivilrechtswissenschaftlers Anton Menger:

Mein Buch erscheint in der Form einer Streitschrift gegen den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Schwerlich hätte ich in alter und neuer Zeit ein Gesetzeswerk finden können, welches die besitzenden Klassen so einseitig begünstigt und diese Be-

395 So bemerkt Gottlieb Planck in seiner Besprechung der Kritik am Entwurf: „Die Worte ‚social‘, ‚socialpolitisch‘, ‚socialrechtlich‘ sind in neuerer Zeit Schlagworte geworden, welche in verschiedenem Sinne gebraucht werden. Dies gilt auch von ihrer Anwendung auf die Aufgabe des bürgerlichen Gesetzbuches.“ (Planck 1889: 405) Selbst Gierke beklagt die Beliebigkeit der Verwendung des Begriffs ‚sozial‘ (Gierke 1902 in Repgen 2001: 5), was auch Stammler mit Blick auf die Debatte um das BGB kritisiert (Stammler 1896: 118).

396 Vgl. zum Folgenden insbesondere die Untersuchung von Tilmann Repgen, der darin eine Typologie der verwendeten sozialen Argumentationen in den Debatten über das BGB aufstellt (Repgen 2001: 50ff.).

397 Das ist als direkte Kritik an Windscheids Rektoratsrede von 1884 zu lesen, in der er „die Aufgaben der Rechtswissenschaft“ hinsichtlich der Gesetzgebung auf die Bereitstellung genauer Begrifflichkeiten beschränkt (Windscheid 1904: 112).

398 Der Schutz der Schwächeren ist nach Repgen in der Diskussion über die Entwürfe des BGBs der am häufigsten geltend gemachte Topos, um die soziale Aufgabe zu bestimmen (vgl. Repgen 2001: 68ff. mit Nachweisen zu Planck, Anton Menger, Konrad Schneider, Paul Stolterfoth, Ernst Landsberg, Victor Mataja, Ludwig Ennecerus, Heinrich Dernburg, Gustav Pfizer, den Mitgliedern des Vereins für Socialpolitik sowie der Politik des Reichsjustizamtes). Auch Gierke und Fuld sehen den Schutz der Schwächeren als soziale Aufgabe des Privatrechts an (vgl. Gierke 1889b: 29, 31; Fuld 1889: 404, 1891: 656; weitere Nachweise in Reichsjustizamt 1967a [1890]: 6ff.; 1967b [1891]: 4ff.).

günstigung so unumwunden zu erkennen gibt, wie der deutsche Entwurf. (Menger 1890: III)³⁹⁹

Vor diesem Hintergrund wird auch explizit Bezug genommen auf die „soziale Frage“ (Ehrlich 1892), die eine Brücke zu sozialpolitischen Problemstellungen und damit zur Sozialpolitik schlägt (vgl. Ehrlich 1890a, 1890b; Fuld 1891; Bar 1890; Mataja 1889: 114; Dernburg 1889: 177). Bezug genommen wird aber ebenso auf die „soziale Freiheit“ (Baron 1889: 231), die „soziale Gerechtigkeit“ (Dernburg 1894: 36; Sohm 1900: 8), die gesellschaftlichen bzw. sozialen Machtverhältnisse (Ofner 1894: 30, 34f.), auf den Rechtsfrieden bzw. den „socialen Frieden“ (Schulze-Gaevernitz 1890; s.a. Jacobi 1889). Die soziale Aufgabe wird aber auch ganz allgemein darin gesehen, die Bedürfnisse der Gegenwart zu berücksichtigen, was in seiner Vagheit aber ebenfalls zu keiner Begriffsklärung beiträgt (Repgen 2001: 109ff. m.N.).

Was Kritiker und Verteidiger des BGBs und seiner Entwürfe unter der sozialen Aufgabe des Privatrechts verstehen, ist alles andere als homogen. Nicht nur, dass sie verschiedene Topoi ins Feld führen. Zumeist werden diese auch miteinander kombiniert und nebeneinandergestellt (vgl. ebd.: 120ff.). Und doch steht mit der Frage nach der „sozialen Aufgabe des Privatrechts“ in zentraler Weise das Selbstverständnis der Privatrechtswissenschaft auf dem Spiel. Das neue Gesetzbuch und seine Entwürfe sind – wie Josef Kohler bemerkt – „zur Probe“ für die Rechtswissenschaft geworden (Kohler 1896: 218).

2. Der „kleine Windscheid“

Denn unlösbar verknüpft mit der Diskussion über die soziale Aufgabe ist die Frage nach der spezifischen Art der rechtswissenschaftlichen Arbeit, auf die bei der Erstellung des BGBs und seiner Entwürfe rekurriert wurde.

399 Allerdings argumentiert Menger, dessen Rechtsstheorie Engels und Kautsky ein paar Jahre zuvor als fehlgeleiteten „Juristen-Sozialismus“ kritisiert hatten (Engels, Kautsky 1887), in seiner Kritik des BGB-Entwurfs explizit nicht vom Standpunkt der sozialistischen Rechtsideen, sondern geht von den grundlegenden Prinzipien des heutigen Privatrechts aus, zu denen das Privateigentum gehört (Menger 1890: 3). Anton Menger, der jüngere Bruder von Carl Menger, war im Übrigen Lehrer von Carl Grünberg, der als „Vater des Austro-Marxismus“ gilt (Knoll et al. 1981: 76; zu Mengers Einordnung als Sozialist unter Kritik des marxistischen Rechtsverständnisses vgl. Vormbaum 1997: LXXff. m.w.N.; zum „Juristensozialismus in Deutschland“ vgl. Ramm 1974/1975).

Eine Vielzahl der Kritiker erkennt im ersten Entwurf ein Erzeugnis der Romanistik: Er sei, wie Gierke schreibt, „ein in Gesetzesparagrafen gegossenes Pandektenkompendium“ (Gierke 1889a: 2; ebenso Menger 1895: 19), und gerade das sei das Problem. Verantwortlich gemacht wird insbesondere der Einfluss des Kommissionsmitglied Bernhard Windscheid – und zwar trotz der Tatsache, dass er im Jahr 1883 aus der Kommission ausschied: Man habe sich nach dessen Pandektenlehrbuch gerichtet (vgl. Pfizer 1892a: 104; Bekker 1888: 75; Repgen 2001: 42 m.w.N.), ja letztlich sei der Entwurf selbst ein „kleiner Windscheid“ (Bähr 1888b: 327; differenzierter Planck 1909).⁴⁰⁰ Dies führe dazu, dass er „einen allzu doctrinären Charakter“ habe (Bähr 1888c: 566),⁴⁰¹ woraus ein „Mangel der Volksthümlichkeit“ folge (Bekker 1888: 50ff.; s.a. Dernburg 1888: VII; Bähr 1888a).⁴⁰² Dies vertiefte die bereits bestehende Kluft zwischen Volksbewusstsein und Theorie (vgl. Bernhöft 1889: 3; Bähr 1890: 207).

2.1 Römisch-individualistisches versus deutsch-soziales Recht

Mit dem Vorwurf der einseitigen Orientierung am römischen Recht geht es nicht nur um die Frage, ob es sich um fremdes Recht handle (vgl. etwa Heusler 1890: 180; Bernhöft 1889: 3). Im Vordergrund steht vielmehr – wie in den 1860er Jahren – die Deutung des politischen Geistes des jeweiligen Rechts, die in die Entgegensetzung von römisch-individualistischen und germanisch/deutsch-sozialen Rechtsdenken mündet. Besonders Gierke kann hier wieder als Stichwortgeber angesehen werden. Denn er greift dieses Schema explizit auf: Romanisches Recht sei naturrechtlich-individualistisch, zersetze die Gesellschaft und werde daher seiner sozialen Aufgabe in keiner Weise gerecht. Es gelte: „Weil der erste Entwurf römisch war, darum war er zugleich individualistisch und kapitalistisch.“ (Gierke 1896: 39) Demgegenüber führt Gierke ins Feld: „[S]oziales Recht ist deut-

400 Zur zentralen Rolle Windscheids in den Pandektenwissenschaften, der auch eine große praktische Wirkung in der Gerichtsbarkeit entsprach, vgl. Schröder 1988: 327ff.

401 Der romanistische Kritiker des Entwurfs Ernst Immanuel Bekker hält dem Werk hingegen vor, dass es das wissenschaftliche Ideal der Romanisten gerade verfehlt habe und genau deshalb doktrinär sei (vgl. Bekker 1888: 67).

402 Zum Vorwurf des Doktrinarismus und der mangelnden Volksthümlichkeit, die sich insbesondere auch gegen Form und Sprache richtet, s.a. Reichsjustizamt 1967a [1890]: 13f.; 1967b [1891]: 8, jeweils m.N. Zur Kritik der Idee eines volkstümlichen Gesetzbuches angesichts der Komplexität des Rechts vgl. Zitelmann 1889: 2ff.

sches Recht.“ (Ebd.)⁴⁰³ Und genau deshalb sei „der Kampf um das Recht der Zukunft zugleich ein Kampf zwischen römischem und germanischem Rechtswesen“ (Gierke 1889b: 15).

Manche fordern lediglich eine stärkere Berücksichtigung des deutschen Rechts (vgl. etwa Sohm 1888). Andere wiederum wenden ein, dass die Frage, ob römisch oder deutsch, unerheblich sei (vgl. etwa Schwartz 1889: 186f.; Meischeider 1889: 96f.; Bähr 1890: 190; Ehrlich 1890b). Letztlich gehe es um das, was gegenwärtig Geltung habe bzw. was den heutigen Verhältnissen angemessen und nützlich sei (Petersen 1890: 43; Bekker 1888: 63). Auch wird in der Debatte gelegentlich bezweifelt, dass das deutsche Recht tatsächlich so sozial sei, wie Gierke behauptet (vgl. Bar 1890). So erscheint etwa Max Weber Gierkes Gleichsetzung eines individualistischen römischen Rechts mit einem kapitalistischen Recht aus rechtshistorischer Perspektive schlichtweg falsch:

Aber längst habe ich mich überzeugt, daß gerade die ‚agrarkapitalistischen‘ Institute (z.B. die moderne Hypothek, darüber habe ich mich Gierke gegenüber einmal geäußert in der ‚christlichen Welt‘), welche die romanistischen Völker in ihren entscheidenden Zügen gar nicht kennen gelernt haben, durchaus germanische Gewächse sind. Staatspapiere und Handelsgesellschaften erst recht, sodaß man geradezu das deutsche Recht als juristische Hebamme wichtigster kapitalistischer Institutionen ansehen muß. (Brief an Georg von Below vom 23. Aug. 1905, zitiert nach Mommsen 1993: 525, H.i.O.)⁴⁰⁴

Die große Zahl an Einlassungen zeigt jedoch, dass der Gegensatz der Rechte geradezu zu einem Allgemeinplatz wird, so dass ‚römisch‘ und ‚deutsch/germanistisch‘ letztlich als Chiffren für die Frage nach der sozialen Aufgabe angesehen werden können (vgl. Schröder 1981: 48).⁴⁰⁵ Dabei gilt, wie Weber schreibt:

Das römische Recht ist der sozialpolitische Sündenbock: breite Kreise glauben allen Ernstes, die Rezeption des römischen Rechts in Deutschland trage den wesentlichen Teil der Schuld an der Entwicklung der

403 Und Gierke fährt fort: „Deutsches Recht ist Gemeinschaftsrecht. Es stellt auch im Privatrecht das Individuum nicht aus dem gesellschaftlichen Zusammenhange heraus, sondern mißt alle Rechte, die es dem Einzelnen zuteilt, an ihrer Funktion im Leben des Ganzen.“ (Gierke 1896: 39).

404 Allerdings zollt Weber der Kritik Gierkes insofern Hochachtung, als sie von der technischen Gestaltung des Rechtsformalismus des Entwurfs handelt (vgl. Weber 1993: 532).

405 Vgl. zu einem Überblick über die Positionen auch Schröder 1981: 37ff. m.w.N.

sozialen Schäden der Gegenwart, die „Rückkehr zum deutschen Recht“ sei eins der Hauptschemata für eine moderne „Lösung der sozialen Frage“. (Weber 1993 [1895]: 526)⁴⁰⁶

2.2 Die soziale Aufgabe und die Rechtswissenschaft

Für Gierke folgt aus dem Geist des römischen Rechts auch der unsoziale Geist der Pandektistik. Explizit mit Rekurs auf Jhering geht es ihm darum, „die besondere Gattung romanistischer ‚Begriffsjurisprudenz‘ [zu] bekämpfen, die im Entwurfe ihr Spiel treibt“ (Gierke 1889a: 23).⁴⁰⁷ Er schreibt an gegen den „Geist“ des Romanismus,

[d]er sich vermißt, durch logische Ableitung aus abstrakten Begriffen eine lebendige und allumfassende Rechtsordnung zu gebären! Der die selbstgezimmerten „Prinzipien“ über die Sache, das folgerichtige „System“ über die Zusammenhänge der Wirklichkeit, die juristische Gedankenwelt über die Welt der Realitäten stellt! (Ebd.)

Daher wende sich der Entwurf des BGBs „an den gelehrten Juristen, aber zum deutschen Volke spricht es nicht“ (ebd.: 3). Kurz: Er sei Juristenrecht, nicht Volksrecht, wie einer der Hauptvorwürfe gegen den Entwurf lautet (vgl. Sohm 1895: 741).⁴⁰⁸

Basiert Gierkes Kritik an der rechtswissenschaftlichen Leistung auf dem Vorwurf, dass die falschen Rechtsquellen als Grundlage der Kodifikation herangezogen wurden, so wendet sich insbesondere Eugen Ehrlich gegen ein derartiges Verständnis der Rechtswissenschaft. Zwar liegt auch ihm zufolge das Problem in der rechtswissenschaftlichen Technik begründet: „[I]ch halte vielmehr an dem Standpunkt fest, die ganze Haltung des Entwurfes sei nichts als logische Folgerung aus den Lehren der historischen Schule.“ (Ehrlich 1892: 109)⁴⁰⁹ Allerdings gelte dies unabhängig von den

406 Exemplarisch für eine derartige Argumentation sind etwa die Abhandlungen von Carl Wilmanns und Franz Collet (Wilmanns 1890; Collet 1894).

407 Zur seit den 1870ern anschwellenden Debatte über das „bloß logische“ und formalistische Vorgehen der Rechtswissenschaft mit so namhaften Beteiligten wie Jhering, Rudorff, Gierke, Merkel, Baron, Brinz, Stein, Lotmar, Windscheid, Kohler, Laband u.a. vgl. die Nachweise bei Rückert 1988: 87ff. und Haferkamp 2004: 48ff.

408 Allerdings bestreitet Sohm die Berechtigung dieses Vorwurfs (vgl. Sohm 1895: 741).

409 Zu einer umfassenden Kritik an der „Pandektologie“ vgl. später Ehrlich 1966 [1925].

zugrunde liegenden Rechtsquellen, egal ob römisch oder deutsch, sondern beruhe vielmehr auf der Verkenntung der Aufgabe der Rechtswissenschaft.

Denn der Entwurf habe sich Savignys Programm verpflichtet, indem er der Gesetzgebung keine andere Aufgabe zugesprochen habe, „als das geltende Recht in eine technisch vollendete Form zu bringen“ (Ehrlich 1890a: 35). Nun sei aber das Problem, dass „selbst das beste System auch nicht *einen* gesetzgebungspolitischen Gedanken enthält“ (ebd.: 22, H.i.O.). Wenn die Rolle der Wissenschaft darin besteht, aus der bestehenden Rechtsmaterie die Rechtsinstitute zu definieren, dann kann ein Gesetz, das innerhalb dieser Wissenschaft entworfen wurde, nicht das Leben regeln, sondern nur angeben, wie das Leben sich selbst regelt: „Eine legislativ politische Richtung haben solche Bestimmungen naturgemäß nicht, es sei denn, daß man das *laisser-aller* als solche bezeichnet.“ (Ebd.: 23) Daher beruhten die einzelnen Bestimmungen des Entwurfes

in großer Mehrzahl der Fälle weder auf praktischen Erwägungen noch auf Billigkeitsrücksichten, und ebenso fremd ist ihnen in der Regel auch jeder sociale Hintergedanken, sondern sie sind logisch abgeleitet aus gewissen „allgemeinen Grundsätzen“, „Principien“, „Theorien“, „Lehren“ u.s.w. (ebd.: 24).

Dieses Verfahren sei nun keineswegs politisch neutral, sondern enthalte eine spezifische sozialpolitische Wertung. Denn wenn Abstraktionen aus den Bestimmungen des geltenden Rechts in Prinzipien umgewandelt würden, dann werde eine Unterteilung der Rechtssätze vorgenommen in solche, die als besonders „charakteristisch“ gelten, und solche, die man für minder wichtig hält. Aus diesen charakteristischen Normen lasse sich induktiv der Begriff des Rechtsinstituts extrahieren, um dann zu zeigen, dass sich diese aus dem Begriff ableiten lassen, da sie darin schon enthalten seien: „[D]as geht natürlich sehr leicht, da er [der Jurist, D.S.] sie doch vor einem Augenblicke hineingelegt hatte“ (ebd.: 25).⁴¹⁰ Die minder wichtigen Normen werden dann entweder ebenfalls dem Begriff untergeordnet, oder, wenn das misslinge, als „Anomalie“ behandelt, d.h. als singuläre Ausnahme zur Regel. Nach Ehrlich gestalten die Prinzipien die Grundsätze des Rechts daher nicht etwa bloß anders, sondern „verfälschen [sie]; ist es doch etwas ganz anderes, ob man sagt: das Eigenthum ist frei, insofern es nicht durch gesetzliche Bestimmungen eingeschränkt wird, oder: das Eigenthum ist grundsätzlich frei, jede Einschränkung ist eine unberechtig-

410 Philipp Heck wird später dieses Verfahren der Konstruktionsjurisprudenz als „Inversionsmethode“ kritisieren, s.u. § 5.I.1.2.

te Anomalie“ (ebd.). In diese letztgenannte Gestalt hat nun jedoch die Rechtswissenschaft das geltende Recht gebracht, genau so ging es in den Entwurf ein.⁴¹¹ Dieses Vorgehen mag zwar für die richterliche Entscheidung Hilfestellung bieten, für die Kodifikation sei das der falsche Weg, denn:

Der Gesetzgeber hat dagegen eine andere Aufgabe: er muß sich bei jedem einzelnen Falle fragen, welche Entscheidung das allgemeine Wohl, die Gerechtigkeit und die Billigkeit erheischt. Es bedarf wol keines weitem Beweises, daß das vom Entwurfe erwählte Verfahren [...] auf einer Verwechslung der Aufgaben des Richters und des Gesetzgebers beruht. (Ebd.: 26)

Ehrlich fordert eine Orientierung an sozialen Zwecken, die auf sozialpolitischen Beurteilungen statt auf einer Bestandsaufnahme des geltenden Rechts beruhen. Ein ähnliches Problem spricht auch Anton Menger an, wenn er vom Gesetzgeber „Anticipation“ der sozialen Entwicklungen verlangt, die angesichts der Veränderung der Machtverhältnisse in der Gesellschaft eine „Abänderung des geltenden Rechtszustandes“ verlange (Menger 1890: 11, 13).⁴¹² Auch Leon Petrażycki sieht einen „Unterschied zwischen der richterlich-dogmatischen und der politischen Methode“ (Petrażycki 1893: 330), und wirft wie Ehrlich den Verfassern des Entwurfs vor, sie hätten aufgrund der Orientierung an der überlieferten Methoden der Rechtswissenschaft ihre „politische Aufgabe schlichtweg nicht verstanden“ (ebd.: 333; s.a. Mataja 1889; Bar 1890: 403).⁴¹³ Gesetzgebung sei etwas an-

411 Dementsprechend sei das Eigentumsrecht im Entwurf „ein protziges, feistes Ding, das für allen Jammer des Erdenwallens blind ist und taub, und den Verhungerten auf die Beiträge verweist, die es für den Verein gegen Verarmung und Bettelei bezahle. [...] Zwischen Eigentum und den Besitzlosen gähnt ein Abgrund wie vielleicht in keinem Rechtssysteme der Welt.“ (Ehrlich 1890a: 28; zur Kritik am Eigentumsrecht vgl. auch Ehrlich anonym/1891: 539ff.).

412 Der Gesetzgeber „muss sich – so Menger –, „wenn er anders diesen Namen verdienen will, als Erzieher seiner Nation fühlen und sich über den Wust des seit Jahrtausenden angesammelten Rechtsstoffes zu erheben wissen“ (Menger 1890: 14). Allerdings lehnen viele Kritiker des Entwurfs Mengers Position vehement ab (vgl. etwa Bar 1890: 402; Fuld 1891: 644).

413 Man kann natürlich auch – wie etwa Friedrich Endemann – die politische Aufgabe des BGBs formal als Herstellung der Rechtseinheit definieren (vgl. Endemann 1899: 4; s. a. 1889). Inhaltlich bindet diese nationale Aufgabe nach Endemann das Recht an das Volksleben als Ausdruck der nationalen Kultur zurück. Damit steht für ihn aber auch fest, dass man im Zuge der Gesetzgebung nicht neues Recht schaffen kann, da ihm Recht als „äußere Ordnung der vorhandenen Lebensverhältnisse“ gilt (ebd., H.D.S.).

deres als rechtswissenschaftliche Rechtsvereinheitlichung, und wenn man sich bei der Kodifikation an die überlieferte Form der Rechtswissenschaft halte, liege es in der Natur der Sache, die soziale Aufgabe des BGBs zu verfehlen (s.a. Hölder 1889: 3f.). Kritisiert wird letztlich die Anmaßung der Rechtswissenschaft, über ihre systematisch-dogmatische Arbeit zum Leben vorzudringen und aus diesem Grund geeignet zu sein, jenseits einer politischen Entscheidung zentrale Belange des Lebens zu regeln.

III. Der Zweck des Rechts: Die Sicherung der gesellschaftlichen Ordnung

Die Diffusität des sozialen Gedankens und die damit verbundenen Vorwürfe führen nicht dazu, dass die Verteidiger des Entwurfs diese Kritik in Bausch und Bogen verwerfen. Vielmehr erkennen auch die Befürworter des BGBs und seiner Entwürfe die Frage nach der sozialen Aufgabe als Grundproblematik des Kodifikationsvorhabens des Privatrechts an. Es scheint außer Frage zu stehen, dass das Privatrecht immer auch einen sozialen Bezug hat. Selbstverständlich gelte, wie Gottlieb Planck feststellt: „Die Grundfragen jedes Privatrechtes, die Fragen, ob Eigenthum, ob Ehe, ob Erbrecht anzuerkennen, sind sociale Fragen in diesem Sinne.“ (Planck 1889: 406; ähnlich auch Baron 1889: 232)

Entsprechend der Vorgaben der Vorkommission und des Bundesrats sieht jedoch Planck – und mit ihm viele Privatrechtswissenschaftler – die Aufgabe der Kodifikation in der Bestandsaufnahme des Rechts: „Die Aufgabe einer solchen [Kodifikation, D.S.] besteht nicht darin, ein neues Recht für Deutschland zu machen.“ (Planck 1889: 331) Der sicherste Weg sei eingeschlagen, „wenn sie sich darauf beschränkt, die im Volke bereits lebenden Rechtsgedanken aufzufinden und ihnen durch die Gesetzesform nur die größere Bestimmtheit zu geben, sowie ihre Anwendung zu sichern“ (ebd.).⁴¹⁴ Man werde der sozialen Aufgabe nämlich nicht durch Schaffung neuen Rechts, sondern nur durch die Kodifikation des Gegebenen gerecht (vgl. etwa Opitz 1889: 6f.; Petersen 1889: 39ff.; Planck 1889: 331ff.; Loening 1890: 393; Reichsjustizamt 1967a [1890]: 8ff. m.w.N., 1967b [1891]: 5 m.w.N.).

Damit steht gerade nicht – wie noch bei Savigny – die Rückkehr zu den Wurzeln des Rechts auf dem Plan. Vielmehr verliert angesichts der sozia-

414 Letztlich sieht auch Gierke – wie Ehrlich richtigerweise bemerkt (Ehrlich 1892: 133) – den Zweck der Kodifikation in der Zusammenfassung des geltenden Rechts, wobei er allerdings das deutsche Recht berücksichtigt haben will.

len Frage die über den Traditionszusammenhang bewerkstelligte Verankerung des ‚heutigen Rechts‘ in der Vergangenheit seine Plausibilität. Wenn insbesondere von kritischer Seite eingeklagt wird, dass es um die „heutigen sozialen Verhältnisse“ gehen müsse (Pfizer 1892a: 104), dass das „Bedürfnis der heutigen Zeit“ (Dernburg 1889: 177; Ehrlich 1892: 97) und die „Rücksichtnahme auf die Lebensverhältnisse und einer Würdigung der modernen Gesellschaftszustände“ (Kohler 1896: 222)⁴¹⁵ im Vordergrund zu stehen hätten (vgl. Repgen 2001: 114ff. m.w.N.), so wird diese notwendige Orientierung an den Zuständen der Gegenwart von den Befürwortern des BGBs keinesfalls bestritten. Allerdings sehen sie diese Vorgabe als erfüllt an: Insbesondere der zweite Entwurf entspricht nach Sohm dem „innerhalb des deutschen Juristenstandes herausgearbeiteten und zur Klarheit geförderten *Gesamtbewußtsein* der Gegenwart“ (Sohm 1895: 741, H.i.O.)⁴¹⁶; und für Planck liegt der soziale Charakter der Vorschriften des nun erlassenen BGBs gerade darin, dass sie „den gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen der Gegenwart und den sich hieraus ergebenden Bedürfnissen entsprechen“ (Planck 1899: 181). Die Frage, ob dieser Gegenwartsbezug gelungen ist, wird letztlich zum Beurteilungskriterium der Güte des Entwurfs.⁴¹⁷ Sowohl Kritiker als auch Befürworter beziehen sich in ihren Überlegungen nicht auf historische Wahrheiten, sondern auf die gegenwärtigen Zustände.⁴¹⁸

1. Die gefährdete Gesellschaft

Wenn es also anerkanntermaßen darum geht – wie schon die Vorkommission feststellte – den „Verhältnissen der Gegenwart“ oder den „Bedürfnissen der Zeit“ zu entsprechen, dann zeigt sich zwischen Kritikern und Befürwortern eine bemerkenswerte Einigkeit in der Charakterisierung dieser gegenwärtigen Verhältnisse: Sie sind selbst ein Problem. Dass die Gesell-

415 Zum Wandel in Kohlers Beurteilung des BGBs vgl. Repgen 2001: 516 Fn. 61.

416 Sohm trat schon im Jahr 1874 für die Kodifikation ein (Sohm 1874) – und zwar als rechtsgeschichtliches Erfordernis (vgl. Landau 1999: 327ff.).

417 Vgl. etwa Planck 1899: 181; Pfizer 1892a: 104; Dernburg 1889: 179; Ehrlich 1892: 97, 1890b; Menger 1890: 15; Bornhak 1891: 214; Kohler 1896: 219f.

418 Repgen geht in seiner Untersuchung der Debatten um das BGB und seine Entwürfe davon aus, dass die „Bedürfnisse der Zeit“ kein eigenständiger sozialer Topos seien, habe man damit doch einen nahezu beliebigen Inhalt verbunden (Repgen 2001: 119). Demgegenüber zeigt sich die Bedeutung der Bedürfnis-Formel m.E. aber nicht im Inhalt, sondern in der Vergegenwärtigung des Bezugsobjekts für die Debatte über die Güte des Entwurfs.

schaft Ende des 19. Jahrhunderts durch raschen Wandel der Verhältnisse gekennzeichnet sei (Planck 1889: 331; s.a. Kohler 1896: 218f.; Ehrlich 1892: 97), hatte ja letztlich bereits die erste Kommission zu ihrer Kritik des Gewohnheitsrechts bewogen (s.o.). Darüber hinaus erscheint sie nun selbst angesichts der sozialen Probleme sowohl für Kritiker als Befürworter des Entwurfs in ihrem Bestand gefährdet: Es gelte, eine (sozialdemokratische) Revolution bzw. deren „Angriffe wider unsere Gesellschaftsordnung“ abzuwenden (Leonhard 1891: 71; s.a. Pfizer 1891: 4; Planck 1899: 181; zu Baron vgl. Schröder 1981: 129, 158), eine „Auflösung der heutigen Gesellschaft zu verhindern“ (Dickel 1889: 18), den gegenwärtigen „gesellschaftlichen Krisen [...] von ganz besonderer Wucht und Gewaltigkeit“ (Ehrlich 1892: 97) zu begegnen bzw. „den wirthschaftlichen Verfall, die sittliche Auflösung, die soziale Zersetzung“ aufzuhalten (Gierke 1889b: 6f.).

Die Gesellschaft wird als gefährdetes Objekt wahrgenommen.⁴¹⁹ Angesichts dieses Krisenbewusstseins verliert die Annahme an Überzeugungskraft, dass das Recht einer harmonischen, sich in der Zeit kontinuierlich entwickelnden Sphäre entspringe. Die Gesellschaft zeichnet sich vielmehr u.a. durch den „Widerstreite der Interessen“ (Motive zu dem Entwurf 1888b: 8) aus, wobei nicht nur die „Interessen der Einzelnen“ miteinander in Beziehung treten, sondern ebenso das „Interesse der Gesamtheit, welche zwar aus allen Einzelnen gebildet wird, deren Interesse aber nicht mit allen Einzelinteressen zusammenfällt“, zu berücksichtigen sei (Planck 1889: 406).⁴²⁰ Dabei machen insbesondere manche Kritiker geltend, dass Recht das Ergebnis von *Interessenkämpfen* sei, und führen namentlich die Klasseninteressen an (Menger 1895: 22ff., s.a. Loening 1890: 393). Der Bezug des Rechts zu sozialen Machtverhältnissen und Machtverteilung gewinnt an Bedeutung (vgl. Ofner 1894: 34ff.; Menger 1895: 22f.; 1890).

419 Das führt wiederum zu Problemen beim Verfahren der Bestandsaufnahme. Denn wenn – wie die Vorkommission feststellt – die Gegenwart durch einen raschen Wandel der Verhältnisse gekennzeichnet sei, dann könne sich wiederum der Gesetzgeber – wie Planck betont – nicht damit begnügen, „bereits fertig gewordenen Recht gesetzlich festzustellen, sondern er wird auch das werdende Recht berücksichtigen und den nach rechtlicher Anerkennung drängenden Bedürfnissen des Lebens gerecht werden müssen“ (Planck 1889: 331). Wie dies zu erfolgen habe, steht aber zur Debatte.

420 Schon für Windscheid ist die Welt durch widerstreitende, mit einander konkurrierende Willen (nicht Interessen) gekennzeichnet, wobei das Recht „die Ordnung der in der Welt vorhandenen Willensmächte“ sei (Windscheid 1904 [1884]: 101). Auch er erkennt dabei die Existenz eines eigenständigen, von den Individuen verschiedenen „Gesamtwillen[s]“ an (ebd.: 102).

2. Die Aufwertung des Zweckgedankens

Angesichts einer im Bestand gefährdeten Gesellschaft erstarkt das Zweckmoment in den Debatten um die soziale Aufgabe des Privatrechts. Allenthalben wird vom „Zweck“ des Privatrechts (Planck 1889: 405) bzw. über den „Zweck im Recht“ gesprochen (Fuld 1891: 637) und die „Zweckmäßigkeit“ des Entwurfs diskutiert (z.B. Lobe 1896: 28; Hölder 1889: 18).

Der Rekurs auf den Zweck trägt jedoch nicht nur dem Umstand Rechnung, dass es sich hier um eine Debatte über die Aufgabe der Gesetzgebung handelt. Vielmehr beziehen sich viele Autoren auf den Zweck, um das Recht selbst zu bestimmen: Für Gierke steht – insbesondere mit Verweis auf Jhering – fest, dass eine Einsicht in das Wesen und den Entwicklungsgang des Rechts durch die Rechtswissenschaft nicht möglich sei, „ohne daß sie den Zweck erforscht, der als unbewußter oder bewußter Gestaltgeber des Rechtes waltet“ (Gierke 1889b: 3). Nach Ehrlich, für den der Entwurf der Logik der Historischen Rechtsschule folgt, hatte diese mit ihrem Spezialistendogma schlichtweg die Tatsache ignoriert, „daß nämlich das Recht um gewisser praktischer Zwecke willen da ist, daß es gewisse Bedürfnisse des Volkes, des Handels und Verkehrs zu befriedigen hat“ (Ehrlich 1890b: 444). Der Zweck sei in der Pandektistik zur bloßen Billigkeitsüberlegung und Auslegungshilfe degradiert. Daher könne sie nicht erkennen, dass es sich beim Zweck im Recht um den „Hebel der Rechtsentwicklung“ handle – und darin zugleich sein „rechtspolitisches Prinzip“ liege (ebd.).⁴²¹ Denn die soziale Aufgabe im Recht beziehe sich immer darauf, „den Zwecken der Gesamtheit zu dienen“ (Ehrlich 1890a: 27).⁴²² Auch für Heinrich Dernburg ist das Recht unzweifelhaft ein Zweckbegriff. Darin liegt die Differenz der Rechtswissenschaft zur Naturwissenschaft be-

421 Die Anbindung des Rechts an die praktischen Zwecke des Lebens erfolgt bei Ehrlich über das Lebensverhältnis, das – den Erkenntnissen der Historischen Rechtsschule folgend – einer Rechtsregel zugrunde liegt. Lebensverhältnisse hätten einen jeweils historisch-spezifischen Zweck – Ehrlich nennt das die „Natur der Sache“, die in den wissenschaftlichen Definitionen möglichst genau bestimmt wird (Ehrlich 1890a: 23).

422 Jhering konnte – so Ehrlich – im Übrigen auch nur vor dem Hintergrund der Dominanz der Historischen Rechtsschule als Entdecker des Zwecks auftreten (Ehrlich 1890b: 444). Oder wie Julius Ofner anmerkt: „Der Zweckgedanke ist alt; insbesondere haben ihn die englischen Philosophen Locke, Hume, Bentham vertreten. Nur die bisherige Lehre, dass der Jurist über das Gesetz nicht nachzudenken, sondern es anzunehmen und zu befolgen habe, macht es begreiflich, dass die Lehre Jhering's als ein Neues, Unbekanntes bewundert und angefeindet wurde.“ (Ofner 1894: 17).

gründet⁴²³, denn: „Die *Rechtswissenschaft* dagegen hat ihre Sätze zu prüfen und zu entwickeln mit *Rücksicht auf ihren Zweck*.“ (Dernburg 1894: 36, H.i.O.).

Rechtsdenken sei – so wird geltend gemacht – „Zweckdenken“ (Ofner 1894: 13). Die „Auffassung des Rechtes als eines Zweckbegriffes“ (Vierhaus 1888: 14) sei geradezu kennzeichnend für unsere heutige Anschauungsweise, wie Felix Vierhaus im Jahr 1888 proklamiert. Und es ist vermutlich genau dieses weit verbreitete Bewusstsein, auf das Windscheid im Jahre 1889 mit seiner Feststellung anspielt, dass sich in neuerer Zeit mit gewisser Aufdringlichkeit der Ruf der „Zweckjurisprudenz“ erhebe (Windscheid 1889, zitiert nach Dove 1893: 153). Der Zweck des Rechts bzw. der Zweck im Recht wird zu einem Schlagwort im Streit um die soziale Aufgabe des Privatrechts.⁴²⁴

3. *Recht als gesellschaftlicher Ordnungsfaktor*

Gerade aus dieser Zweckperspektive zeigt sich: Die Umdeutung der Sozial-sphäre bewirkt gegenüber dem Repräsentationsschema der Historischen Rechtsschule eine veränderte Bestimmung des Rechts. Zwar wird dessen Grundlage, d.h. die Rechtsentstehungslehre, auch von den Kritikern gar nicht bestritten: Dass das Recht vom Leben erzeugt werde (Ehrlich 1890a: 22f.)⁴²⁵ bzw. aus der „Rechtsüberzeugung des Volkes“ erwachsen sei (Pfi-zer 1892a: 97), dass es daher ein „Niederschlag“ der Erfahrung sei (Pe-trażycki 1895: 582) bzw. sich in der Rechtsordnung die jeweiligen gesell-schaftlichen (Macht-)Verhältnisse „widerspiegeln“ (Menger 1895: 24), wird selbst von den schärfsten Kritikern anerkannt.⁴²⁶ Gerade vor diesem Hin-tergrund wird das Problem ja dahingehend formuliert, dass man ein der

423 Dernburg verweist hier auf die Rektoratsrede des österreichischen Juristen Adolf Exner (Dernburg 1894: 36), der die Möglichkeit einer naturwissenschaftlichen Betrachtung von Kulturphänomenen verneint, gleichsam aber die Wichtigkeit der kausalen Betrachtung betont (vgl. Exner 1892: 14f.).

424 Nach Jan Schröder liegt dieser Hinwendung zum Zweck der Wandel zum voluntaristischen Rechtsbegriff zugrunde: Wenn das Recht als Ausdruck eines allgemeinen Willens angesehen wird, kann jedem erklärten Willen ein Zweck zugrunde gelegt bzw. unterstellt werden (Schröder 2012: 283).

425 Ehrlich nennt das die „halbe[] Wahrheit“ der Historischen Rechtsschule (Ehrlich 1890b: 443).

426 Gierke hatte sein Bekenntnis zur Rechtsentstehungslehre schon Anfang der 1880er Jahre kundgetan (Gierke 1883). Insofern verwundert es nicht, dass er seine Kritik gerade auf diesem Schema entfaltet (s.u.).

Gesellschaft adäquates Recht zu finden habe, das die *gegenwärtigen* gesellschaftlichen Verhältnisse „widerspiegelt“ (Sohm), das „unsere heutigen Verhältnissen“ (Kloeppel 1889: 67)⁴²⁷ bzw. dem „im Volke lebenden Rechtsbewußtsein entspreche[], mindestens nicht widerspreche[]“ (Bähr 1888b: 324).⁴²⁸

Allerdings lässt sich angesichts des gefährdeten Objekts ‚Gesellschaft‘ das Recht nun nicht mehr als Repräsentation einer harmonisch gewachsenen Sozialsphäre begreifen. Genau deshalb rückt seine gesellschaftliche Funktion, sein Zweck für den Erhalt der Gesellschaft, in den Blick: Es häufen sich die Bestimmungen des (Privat-)Rechts als „Organisation der Gesellschaft“ (Dernburg 1889: 176), als „Normierung der Verhältnisse der Gesellschaft und der vielseitigen Beziehungen, die in derselben existieren“ (Fuld 1891: 637), als „Ordnung ihres [der Menschen, D.S.] Lebens und Verkehrs“ (Ofner 1894: 11) oder als „Fundament der Socialordnung“ (Petrażycki 1893: 328). Hierin liegt der Zweck des Privatrechts, wie auch Planck betont: „Das Privatrecht hat den Zweck, und *nur* den Zweck, die Verhältnisse der einzelnen Menschen zu einander in einer, jenen Bedürfnissen entsprechenden Weise rechtlich zu ordnen.“ (Planck 1889: 405, H.i.O.)

Der Zweck des Rechts besteht also anerkanntermaßen in seiner gesellschaftlichen Ordnungsleistung. Angesichts einer bedrohten Gesellschaft sehen sowohl die Kritiker als Befürworter des Entwurfs die Aufgabe des zukünftigen BGBs in der Sicherung der Gesellschaftsordnung. Es geht – wie für Planck – um die „Befestigung der Grundlagen der bestehenden Gesellschaftsordnung“ (Planck 1899: 184), und Gierke will die Angriffe auf die „Lebensbedingungen der Gesellschaft“ abwehren (Gierke 1889b: 20). Insbesondere verlangen einige, dass die Kodifikation des Privatrechts zur „Lösung des sozialen Sphinxrathsels“ (Fuld 1891: 636), d.h. der sozialen Frage, beitragen solle (vgl. Menger 1890; Ehrlich 1892; Petrażycki 1893). Gerade dadurch werde die Selbstauflösung bzw. das Auseinanderbrechen der Gesellschaft verhindert. An der Erfüllung dieser Aufgabe wird die Kodifikation gemessen.

427 Zu der Frage, ob die wirtschaftlichen Bedürfnisse dabei genügend Gehör fanden, vgl. die Literaturnachweise in Reichsjustizamt 1967a [1890]: 10ff.

428 Angesichts dieser Aufgabenstellung wird dem BGB und seinen Entwürfen im Gegenzug vorgeworfen, dass sie veraltet und daher „unzeitgemäß“ seien (vgl. die Literaturhinweise etwa zu den Juristen Hermann Jastrow und Franz Bernhöft, den Sozialdemokraten August Bebel und Frohme, später auch dem Zivilrechtler Justus Wilhelm Hedemann sowie dem Rechtsphilosophen Gustav Radbruch bei Reppen 2001: 511ff.).

Das Recht wird in der Auseinandersetzung mit dem Entwurf nicht mehr als Selbstzweck, sondern als Mittel zum Zweck adressiert – und der Zweck wird in der Sicherung der gesellschaftlichen Ordnung gesehen. Recht wird als gesellschaftlicher Ordnungsfaktor problematisiert, und es etabliert sich eine gesellschaftsfunktionale Perspektive.

IV. Epistemische Folgen I: Theorie der Gesellschaft, Rechtstheorie und Gesetzgebungstechnik

Die Frage, wie der soziale Zweck des Privatrechts zu verwirklichen bzw. ob dies dem ersten Entwurf bereits gelungen sei, wird auf einer grundsätzlichen rechtstheoretischen Ebene diskutiert. Es gilt: „Zweckmäßig ist aber eine einzelne Gesetzesvorschrift, wenn sie dem Zweck entspricht, den das ganze Gesetz verfolgt. Es ist daher nötig, sich die Bedeutung und Aufgabe des Zivilrechts für ein Volk überhaupt einmal klar zu machen.“ (Lobe 1896: 29)

1. Die Theorie der Gesellschaft und die soziale Aufgabe

Sieht man den Zweck des Privatrechts in der Sicherung der gesellschaftlichen Ordnung, dann wird das Objekt ‚Gesellschaft‘ für Kritiker wie Befürworter zum Maßstab der sozialen Aufgabe: „Der Jurist, der Gesetze macht, soll nur das, was der Gesellschaft nützlich ist, in die bezüglichen Formen gießen.“ (Dernburg 1889: 177) Zur Debatte steht, wie „die soziale Ordnung unter den Menschen [...] am besten gedeiht“ (Baron 1889: 231), wie man eine „friedliche und harmonische Entwicklung der sozialen Verhältnisse herbeizuführen und zu sichern“ vermöge (Fuld 1891: 656). Genau hierüber entbrennt der Streit über die Güte des BGBs und seiner Entwürfe: Es geht um die „soziale Wirkung“ (Lobe 1896: 31) des Gesetzesvorhaben.

Viele Kritiker machen geltend, dass der Entwurf unheimlich „in seinem kalten, starren Individualismus“ (Ehrlich 1890a: 30, s.a. Schulze-Gaevernitz 1890: 167), ja Ausdruck eines reinen individualistischen Manchestertums sei (vgl. Gierke 1889a: 3; Bähr 1890: 199; Menger 1890: 29). Daher sei er gesellschaftsfeindlich, zersetze die Gemeinschaftsverhältnisse und verschärfe die Kluft zwischen den Menschen: Sollte der Entwurf Gesetz werden, werde er „alles thun, was an ihm ist, um den Klassengegensatz zu vertiefen und die sozialen Kämpfe zu verbittern“ (Ehrlich 1890a: 28). Da er in seiner

Orientierung am römisch-individualistischen Privatrecht die soziale Zersetzung nicht aufhalten könne (Gierke 1889b: 6f.), sei der erste Entwurf letztlich „gesellschaftswidrig“ (Gierke 1896: 6).

Genau das bestreiten seine Verteidiger. Keinesfalls begünstige der Entwurf einseitige Interessen, namentlich die Interessen einer spezifischen Klasse (vgl. Planck 1889: 406; Sohm 1895: 741). Er habe weder individualistische, noch einseitig kapitalistische Tendenzen. Vielmehr gelte: „Der Entwurf beobachtet strengste Neutralität.“ (Krech 1889: 4 Anm.) Die Betonung der Freiheit des Einzelnen führe außerdem nicht zur Zersetzung der Gesellschaft. Vielmehr müsse man die gesellschaftliche Funktion der individuellen Freiheit in den Blick nehmen. Dann zeige sich, dass ihre Stärkung das Bestehen der Gesellschaft fördere:

Ich will vielmehr die Frage so formulieren, ob die soziale Ordnung unter den Menschen, ob die Gemeinschaft nicht dadurch am besten gedeiht, daß die Privatrechte dem Ermessen der Individuen überlassen, ihrer freien unbeschränkten Verfügung unterworfen werden, und ob nicht die Grenze des Privatrechts da gezogen werden muß, wo die Rechte nicht mehr dem beliebigen Ermessen, der freien Verfügung der Individuen aus Rücksicht auf die Gemeinschaft anheim gegeben werden können. (Baron 1889: 231)⁴²⁹

Zudem sprächen gerade die Bedürfnisse der Zeit dafür, namentlich die fortschreitende Individualisierung, der Freiheit des Einzelnen ein festes Fundament zu geben: Die heutigen sozialen Verhältnisse zeichnen sich durch eine „Atomisierung der Gesellschaft“ aus (Bornhak 1891: 214), die Gegenwart werde durch das „Dogma der persönlichen Freiheit“ beherrscht (Friesen 1900: 72f.). Daher könne eine Gesetzgebung, die ein „der heutigen wirthschaftlichen und sozialen Ordnung entsprechendes Rechts“ schaffen solle, nicht umhin, eine rein kapitalistisch-individualistische Rechtsordnung zu schaffen (Bornhak 1891: 214).

Es steht also zur Debatte, wie sich das BGB und seine Entwürfe auf die gesellschaftliche Ordnung auswirken. Um diese Wirkung abschätzen zu können, bedarf es – wie geltend gemacht wird – einer Theorie der Gesell-

429 Zu dieser Verknüpfung von (liberaler) Freiheitsvorstellung mit sozialen Anliegen im Topos der „sozialen Freiheit“ vgl. Repgen 2001: 83ff. m.w.N. zu Sohm, Leonhard Jacobi und Philipp Lotmar. Für Stammler handelt es sich immer um ein gesellschaftstheoretisches Problem: Man könne keinen Unterschied zwischen freiheitlichen und sozialen Regelungen menschlichen Zusammenlebens machen, sei doch jede Regelung – auch wenn sie die Freiheit des einzelnen betone – sozial (vgl. Stammler 1896: 123).

schaft: Gierke etwa betont immer wieder, dass seiner Konzeption des Sozialrechts, auf der seine Kritik am BGB und dessen Entwürfen beruht, eine „moderne *Gemeinschafts- und Gesellschaftstheorie*“ zugrunde liege (Gierke 1887: 10, H.i.O.). Wenn er sich damit explizit gegen die „individualistische[] Gesellschaftsauffassung“ richtet (Gierke 1902: 5), so schreibt er letztlich gegen die Vorstellung an, dass die Gesellschaft nur als Summe ihrer Teile betrachtet werden könne.

Andererseits geht es um die Bestimmung der gegenwärtigen Gesellschaftsform: Gierkes Position hält man entgegen, dass gerade aufgrund der gesellschaftlichen Entwicklung der individualistischen Gesellschaftsauffassung der Vorzug zu geben sei, derzufolge so etwas wie ein Sozialrecht der gemeinschaftlichen Verhältnisse als überindividuelle selbständige Wesenheiten geschichtlich überholt erscheine. Die Gesellschaft könne man gegenwärtig sinnvollerweise nur als Summe ihrer Teile betrachten, als Menge von Individuen mit einzelnen Rechtsverhältnissen untereinander und gegenüber dem Staat (vgl. Repgen 2001: 117). Angesichts dieser Gesellschaftsdiagnose erweise sich die individualistische Tendenz des BGBs und seiner Entwürfe keinesfalls als gesellschaftszersetzend, da doch die Betonung der subjektiven Freiheit im Privatrecht eine Kongruenz zwischen Privatrecht und gegenwärtigem gesellschaftlichen Zustand herstelle.

Der Jurist, Nationalökonom und Politiker Gerhard von Schulze-Gaevernitz bringt im Jahr 1890 diese Streitlage auf den Punkt: Der germanistischen Rechtsschule – für ihn gleichzusetzen mit der Kritik am individualistischen Entwurf – „steht die individualistische Gesellschaftsauffassung [gegenüber, D.S.], welche nur einzelne menschliche Individuen und Beziehungen zwischen solchen, dagegen kein über beiden sich aufbauendes Gesamtdasein kennt“ (Schulze-Gaevernitz 1890: 166). Damit wird die Gesellschaft zum Maßstab der Güte des Entwurfs. Denn letztlich gilt: Erst die richtige Theorie der Gesellschaft bzw. des gegenwärtigen Gesellschaftszustandes erlaubt die Bestimmung des zu schaffenden Rechts. Und in der Beantwortung dieser Frage stehen sich zwei verschiedene gesellschaftstheoretische Prämissen gegenüber, die sich jeweils um das Verhältnis von Individuum und Gesellschaft drehen.

2. *Privatrechtstheorie als Gesellschaftstheorie: BGB und Spezialgesetzgebung*

Diese gesellschaftstheoretische Frage wird in ein rechtstheoretisches Problem gewendet: in die Abgrenzung und Verhältnisbestimmung von Privatrecht und Öffentlichem Recht. Denn Savigny behandelt die Frage nach dem Ganzen und seinen Teilen über die Rechtsgebietszuweisung: Habe

das Öffentliche Rechts „das Ganze als Zweck“, so sei im „Privatrecht der einzelne Mensch für sich Zweck“ (Savigny 1840a: 23). Gegenüber dem ‚reinen‘ Privatrecht habe das Öffentliche Recht seine Wurzeln auch in außerrechtlichen Gründen und Zwecken, etwa in sittlichen, politischen, sozialstrukturellen und wirtschaftlichen Überlegungen (s.o.). Wenn nun aber genau diese Gründe und Zwecke als ‚sozial‘ gelten, so erklärt sich daraus die Einschätzung, dass das Privatrecht sozial indifferent sei: Die „herrschende Sicht“, so beschreibt Ofner kritisch, sei „blind für die Verhältnisse und Machtfaktoren in der Gesellschaft“ (Ofner 1894: 30). Dementsprechend wendet sich die Kritik gegen diese Idee der Scheidung zwischen „anomalische[m]“ und „reine[m]“ Recht (ebd.: 30).⁴³⁰ Der Streit, ob und wie das BGB seine soziale Aufgabe verwirklichen könne, dreht sich also maßgeblich darum, *wo* der soziale Zweck im Recht verortet wird. Es geht damit um die rechtstheoretische Bestimmung des Zwecks – und damit des Wesens – des Privatrechts, und das mit Blick auf seine Abgrenzung zum Öffentlichen Recht.

Auch Gierke stellt die Verschiedenartigkeit des Öffentlichen Rechts und des Privatrechts nicht in Frage. Der grundsätzliche Gegensatz ist ihm zufolge vielmehr Ausdruck der doppelten Bestimmung der menschlichen Existenz als Individuum und als Teil eines höheren Ganzen: Das Öffentliche Recht sei „die Daseinsordnung höherer Gesamteinheiten mit selbständigem Lebenszweck“ und diene „der erhabenen Idee eines unsterblichen Gemeinwesens“; demgegenüber erkenne das Privatrecht das „Individuum als Selbstzweck“ an (Gierke 1889b: 11). Gierke wendet sich jedoch gegen die Aufspaltung der Rechtsordnung entlang dieser Unterscheidung. Er hält dieser Konstruktion den „großen germanischen Gedanken der Einheit alles Rechtes“ (ebd.: 12) entgegen⁴³¹ – und dies gerade an-

430 Johannes Krech verteidigt die Idee des reinen Privatrechts vor diesen Angriffen. Denn wenn die Gesetzgebung von den jeweils beherrschenden Strömungen abhängig sei, so gelte mit Blick auf das Privatrecht: „Daß es daneben große Gebiete gibt, in denen ein über dem Wechsel der Zeiten und der Parteien stehendes Recht seine Hoheit und Stetigkeit bewahrt, ist ein Segen für Volk und Staat. – Das geschmähte ‚reine Privatrecht‘, welches der Entwurf dem deutschen Volke bietet, ist dazu geeignet, diese segensreiche Wirkung für eine ferne Zukunft auszuüben, gerade weil aus demselben ausgeschieden ist, was einen tendenziösen Beigeschmack hat.“ (Krech 1889: 4).

431 Unter Berufung auf Jhering schreibt Gierke: „So kann auch die Rechtsordnung, wenn sie sich in Privatrecht und öffentliches Recht spaltet, wohl eine Weile davon absehen, daß der Einzelne für das Ganze und das Ganze für die Einzelnen da ist. Allein zuletzt darf sie die Einheit des Zieles nicht vergessen und muß

gesichts einer im Bestand gefährdeten Gesellschaft.⁴³² Der auf die Gesamtheit gerichtete Blick des Öffentlichen Rechts und derjenige auf das Individuum seien letztlich nur die beiden Seiten des einheitlichen Phänomens Recht. Daher müssten beide Seiten trotz Aufrechterhaltung ihrer grundsätzlich divergierenden Orientierung miteinander verwoben werden: „Schroff ausgedrückt: in unserem öffentlichen Recht muß ein Hauch des naturrechtlichen Freiheitstraumes wehen und unser Privatrecht muß ein Tropfen sozialistischen Oeles durchsickern!“ (Ebd.: 13)⁴³³

Diese Einheit des Rechts werde im Privatrecht durch das „Socialrecht“ der Verbände verwirklicht (Gierke 1887: 10),⁴³⁴ das Gemeinwohlinteressen sowie den Gedanken der Gemeinschaft berücksichtige.⁴³⁵ Den privatrechtlich geregelten menschlichen Verband wie Stiftung, Genossenschaft und Verein fasst Gierke als „reale Gesamtperson“ (ebd.: 5), d.h. als selbständi-

auch im Privatrecht, wo sie zuvörderst für Einzelinteressen sorgt, das Gemeinwohl erstreben, und im öffentlichen Recht, wo sie zunächst auf das Ganze blickt, den Einzelnen gerecht werden.“ (Gierke 1889b: 6).

432 Äußerst dramatisch erscheint für Gierke „die Frage nach dem Verhältniß zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht als eine *Lebensfrage* der Gegenwart“ (ebd.: 10 f., H.i.O.), berge diese Trennung doch eine große Gefahr: „Das öffentliche Recht erstarrte zur Verwaltungsordnung einer absolutistischen Staatsmaschine. Das römische Privatrecht entwickelte sich zu jenem kunstvollen System, das wir Alle bewundern. Allein in aller seiner klassischen Schönheit vermochte es den wirtschaftlichen Verfall, die sittliche Auflösung, die soziale Zersetzung nicht aufzuhalten.“ (Ebd.: 6f.).

433 Gierke warnt im gleichen Atemzug aber vor einer Übertreibung dieses Gedankens: „Die Entstaatlichung des öffentlichen Rechts im Sinne des naturrechtlichen *Individualismus* bedeutet die *Auflösung und den Tod*, die Verstaatlichung des Privatrechts im Sinne des *Sozialismus* bedeutet die *Unfreiheit und die Barbarei*.“ (Ebd.: 12, H.i.O.).

434 Dabei handelt es sich um einen bereits im Privatrecht angelegten Gedanken des Gemeinschaftsbezugs: Sozialrecht ist das Recht der menschlichen Verbände (vgl. hierzu Pfeiffer-Munz 1979) und ist nicht mit heutigen Terminus des Sozialrechts zu verwechseln, der sich in dieser Zeit erst langsam herausbildete (vgl. Stolleis 2003). Gierkes Sozialrecht, wie er es insbesondere in seiner Genossenschaftstheorie herausgearbeitet hatte, nimmt eine Mittelstellung zwischen individuellem Privatrecht und gemeinschaftsbezogenem Öffentlichen Recht ein: „Tief in das Privatrecht führt es die Verbundenheit der Personen durch natürliche und gekorene Gemeinschaftsverhältnisse und durch vielgestaltige Genossenschaften ein, und durch eine Fülle lebensvoller Zwischengefüge vollzieht es den Aufstieg zum öffentlichen Recht.“ (Gierke 1896: 2; s.a. 1887: 10).

435 Aufgrund seiner Weiterentwicklung der germanistischen Genossenschaftstheorie gilt Gierke als einer der schärfsten Kritiker der romanistischen Lehre der juristischen Person als Fiktion. Zum politischen Hintergrund des Streits um die juristische Person vgl. Schröder 1982/1983.

ge und real existierende ‚soziale Körper‘, die überindividuelle Ganzheiten und damit reale Willensträger seien (ebd.: 10ff.). Es handele sich dabei um natürliche, dem Recht äußerliche „sociale Organismen“ (ebd.: 23), die die Gattungseigenschaften aller organischen Lebewesen aufwiesen. Gierke behauptet damit – wie er später betont – „das Dasein von Gesamtorganismen, deren Theile die Menschen sind, über den Einzelorganismen“ (Gierke 1902: 13). Ihre privatrechtliche Regelung verwirkliche bereits den Gemeinschaftsgedanken:

Hier streift das Privatrecht überhaupt den Charakter des Individualrechts ab und geht in Sozialrecht über. Denn hier hat es nicht mehr bloß mit verbundenen Individuen, sondern mit Wesen höherer Ordnung zu thun, die als beständige und dauernde Träger einer sozialen Willenseinheit sich der Erfüllung eines eignen Lebenszweckes widmen. (Gierke 1889b: 42f.)

Aus Gierkes Perspektive ist damit der Bezug auf das ‚Ganze‘ im rechtstechnischen Sinne im Privatrecht selbst angelegt. Aufgrund der Verknüpfung des sozialen Gedankens mit der germanistischen Rechtslehre im *Deutschen Genossenschaftsrecht* schreibt Gierke: „Deutsches Recht ist Gemeinschaftsrecht. Es stellt auch im Privatrecht das Individuum nicht aus dem gesellschaftlichen Zusammenhang heraus, sondern mißt alle Rechte, die es dem Einzelnen zuteilt, an ihrer Funktion im Leben des Ganzen.“ (Gierke 1896: 2) Auch im Privatrecht gelte: „kein Recht ohne Pflicht“ (Gierke 1889b: 20), d.h. keine schrankenlose rechtliche Herrschaft des Individualgedankens. Denn nur die Anerkennung des Sozialrechts – und mit ihm des sozialen Gedankens im Privatrecht – verhindere, dass die Einheit des „innere[n] Leben[s] des gesellschaftlichen Organismus“ sowie die Einheit der Rechtsordnung von „Zerreißung und Zersetzung“ bedroht seien (ebd.: 13f.).

Diesen Weg über das ‚Sozialrecht‘ schlagen jedoch nicht alle Kritiker ein. Ehrlich sieht etwa die Einheit der Rechtsordnung durch den Entwurf ebenfalls bedroht, erkennt aber die Abhilfe nicht in der Integration des (germanistischen) Sozialrechts, sondern im Wandel des Rechtsbegriffs. Denn durch die öffentlich-rechtliche Sozialgesetzgebung seien neue Ideen in das geltende Recht eingeführt worden (Ehrlich 1892: 98).⁴³⁶ Angesichts dessen gilt für Ehrlich:

436 Zu diesen neuen Ideen gehöre vor allem „die Idee [...], daß das große Eigenthum der Gesamtheit gegenüber mit Rechtspflichten belastet sei, und daß der Staat berufen ist, zwangsweise Organisationen zu schaffen, welche dem Indivi-

Was uns noththut, das ist eine einheitliche, von solchem Geiste getragene bürgerliche Gesetzgebung, eine Gesetzgebung, die von solchen Grundgedanken durchdrungen, durchwirkt und durchwebt wird; nur diese könnte auf die ganze Gesellschaft umgestaltend einwirken und eine friedliche Umwälzung anbahnen. (Ebd.: 99)

Menger beruft sich ebenfalls auf das Öffentliche Recht, wenn er die Berücksichtigung der Klasseninteressen und damit die Anerkennung von Ungleichgewichtslagen im BGB fordert. So zeige gerade der Blick auf die neuere Sozialgesetzgebung: „Man weiss eben heute, dass es keine grössere Ungleichheit gibt, als das Ungleiche gleich zu behandeln.“ (Menger 1890: 29; s.a. Fuld 1891: 638f.) Dieses Ungleiche sei aber eine gesellschaftliche GröÙe, die sich erst im Bezug auf das Ganze, d.h. die Gesellschaft bestimmen lasse. Damit führe es weg vom individualistischen Standpunkt der „romanistischen“ Privatrechtskonzeption.

In der Debatte wird immer wieder auf die öffentlich-rechtliche Sozialgesetzgebung verwiesen, die – indem sie in klassische Kerngebiete des Privatrechts hineinreicht – auf die Idee des Privatrechts rückwirkt.⁴³⁷ Sieht man die Kodifikation als Verwirklichung der Rechtseinheit an, so verhindert

dum im Kampfe ums Dasein einen gewissen Rückhalt gewähren sollen.“ (Ehrlich 1892: 98).

- 437 Die idealtypische Scheidung zwischen Öffentlichem Recht und Privatrecht war bereits seit der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts durch verschiedene, auch innerjuristische Entwicklungen in Frage gestellt worden: Das subjektive Recht, jenes Moment, das gerade das Privatrecht zum Ort der bürgerlichen Freiheit macht, ist in das öffentliche Recht gewandert (vgl. insbesondere Wilhelm 1958); durch die Einführung der Verwaltungsgerichtshöfe seit dem Jahr 1863 ist Rechtsschutz für den Bürger nicht mehr allein auf das Privatrecht begrenzt (vgl. Ogorek 1988); die Vorherrschaft des Privatrechts wird durch neue Gesetzgebungskompetenzen im Rahmen der Reichsgründung sowie die Herausbildung einer anerkannten, vorgeblich ‚politisch neutralen‘ Staatsrechtswissenschaft angegriffen (vgl. Stolleis 1989); und schließlich gehört das Öffentliche Recht, namentlich das Verwaltungsrecht, zu den am schnellsten wachsenden Rechtsgebieten, das insbesondere über die Sozialgesetzgebung sowie einen Komplex an Normen, mit denen der Staat die Privatwirtschaft umgrenzt und reguliert (etwa Wuchergesetz oder Gesetze über Urheberrecht, Verlagsrecht, Patente, Gebrauchsmuster und Warenzeichen, Genossenschafts- und GmbH-Gesetz), die Grenze zwischen Privatrecht und Öffentlichem Recht zunehmend verwischte (vgl. ebd.: 139). In den Diskussionen über die Kodifikation des BGBs herrscht ein deutliches Bewusstsein für diese Grenzprobleme. Dies zeigt sich etwa schon in der Fassung des Regelungsgegenstandes des ersten Entwurfs des BGBs durch die Kommission: Gegenüber dem „nicht nachahmenswerthen Versuch“ (Motive zu dem Entwurfe 1888b: 1) des österreichischen (ebenso wie des sächsischen)

die Absonderung vom Öffentlichen Recht in den Augen vieler Kritiker genau diese Rechtseinheit. Denn der Entwurf, der selbst die allernotwendigsten sozialpolitischen Reformen vermieden habe (vgl. etwa Ehrlich 1890a: 35; Fuld 1891: 646), habe „durchweg mit eiserner Konsequenz alles Privatrecht ausgeschieden [...], welches im sichtbarem Zusammenhange mit dem öffentlichen Rechte steht“ (Gierke 1889a: 108; vgl. auch Bar 1890: 399). Dies führe letztlich zu einem „Widerspruch [...], der ebenso bedauernswerth wie schädlich wäre“ (Fuld 1891: 655; s.a. Gierke 1889b: 16) und eine „Gefahr für das dem Deutschen Reich gemeinsame Recht“ (Bar 1890: 399) darstelle. Selbst wenn man anerkenne, „daß die Lösung der sozialen Frage dem bürgerlichen Rechte nur zum wesentlich kleineren Theile zufällt, als dem öffentlichen“, gelte: „[D]er Zweck im Recht, der doch für das bürgerliche Recht wahrlich nicht minder maßgebend ist wie für das öffentliche, verlangt die besondere Beachtung des sozialen Moments bei jeder Normengebung [...]“. (Fuld 1891: 637)

Dieser radikalen Umdeutung der Wesensbestimmung des Privatrechts, d.h. seiner „sozialen Färbung“ (Baron 1889: 241) – sei es als Sozialrecht (Gierke), als zu korrigierendes Klassenrecht (Menger) oder als durch das öffentlich-rechtliche Sozialrecht beeinflusstes verändertes Rechtsverständnis (Ehrlich) – wird vehement widersprochen. Aber auch von der Gegenseite wird das Problem in Abgrenzung zum Öffentlichen Rechts bestimmt, gehe es doch um die richtige Aufgabenbestimmung und Begrenzung des Privatrechts (vgl. Krech 1889: 3). Das lässt sich exemplarisch an den Ausführungen von Planck zeigen: Das BGB habe die Funktion, die Freiheitsphäre des Einzelnen zu schützen, das sei seine soziale Aufgabe:

Die Interessen der Einzelnen werden überhaupt nur deshalb geschützt, Rechte im subjectiven Sinne nur deshalb anerkannt, weil das Interesse der Gesamtheit, welche zwar aus allen Einzelnen gebildet wird, deren Interesse aber nicht mit allen Einzelinteressen zusammenfällt, jene Anerkennung fordert. Dieselbe kann daher auch in jedem einzelnen

BGBs verzichte man bewusst darauf, eine positive Feststellung des Regelungsgegenstandes ‚Privatrecht‘ und damit eine Abgrenzung zur Materie des Öffentlichen Rechts vorzunehmen. Denn eine solche funktioniere nicht: „Das Privatrecht und das öffentliche Recht haben zahlreiche, mannigfach geartete Berührungspunkte. Gewisse Verhältnisse sind gemischter Natur; andere weisen verschiedene Seiten auf, vermögen deren das Verhältniß theils dem einen, theils dem anderen Rechtstheile angehört.“ Dies wird als „Grenzgebiet“ bezeichnet, das „nur durch eine genaue Prüfung der einzelnen in Betracht kommenden Materien zu ermitteln“ sei (ebd.).

Fälle nur insoweit erfolgen, als das Interesse der Gesamtheit es gestattet. (Planck 1889: 405f.)

In diesem Sinne handele es sich eben auch bei den Grundfragen des Privatrechtes, nämlich ob Eigentum, Ehe, ob Erbrecht anzuerkennen sei, unzweifelhaft um „soziale Fragen“ (ebd.: 406). Es gehe dann letztlich darum, im BGB – dem Kernbereich des Privatrechts – „die subjektiven Rechte der einzelnen so zu bemessen und zu gestalten, daß sie, ohne ihre Bedeutung als Rechte zu verlieren, doch die Interessen anderer thunlichst wenig schädigen“ (Planck 1899: 181).

Aber auch, wenn man wie Planck aufgrund der gegenwärtigen Lebensverhältnisse innerhalb des BGBs gewissen „Forderungen gerecht zu werden [sucht], die auf Beseitigung der sich aus dem gegenwärtigen Rechtszustand ergebenden Härten gerichtet sind“, so liege die

Hauptaufgabe in dieser Beziehung [...] außerhalb des Gebiets des bürgerlichen Rechtes. Unsere Gesetzgebung hat sich dieser Aufgabe in einer Reihe von Spezialgesetzen – ich erinnere nur an die Gesetze über Unfall-, Kranken-, Invaliden- und Altersversicherung – mit großem Erfolg gewidmet und sie wird auf diesem Wege auch ferner fortschreiten müssen. (Ebd.)

Ähnlich strikt trennen auch andere Autoren die soziale Aufgabe der Freiheitsgewährung durch das Privatrecht vom Öffentlichen Recht (vgl. etwa Bornhak 1891; Zeerleder 1896). So wendet Julius Baron gegen Gierkes Thesen ein:

Was aber das ewige Verdienst des römischen Rechts bleiben wird, das ist einerseits die formale Ausbildung der Rechtsbegriffe, andererseits die Durchdringung der Begriffe des Vermögensrechts mit dem Gedanken der Freiheit; denn das Privatrecht hat die Aufgabe, dem Einzelnen eine Freiheitssphäre anzuweisen, *ad singulorum utilitatem spectat*, es hat keine soziale Aufgabe zu verfolgen. (Baron 1889: 248)⁴³⁸

Dem Freiheitsgedanken wird selbst eine soziale Funktion zugesprochen: Baron macht insbesondere gegenüber Gierke geltend, dass das von diesem so bekämpfte römische Vermögensrecht „eine Emanation des Gedankens der sozialen Freiheit“ (ebd.: 232) sei – jener Freiheit, die die ungehinderte Berufsausübung und freie Berufswahl, die Fähigkeit der Teilnahme an ge-

438 Zum Romanisten und – nach eigenem Bekunden – Kathedersozialisten Julius Baron, der im Übrigen wie Gierke von Anfang an Mitglied im Verein für Socialpolitik war, vgl. Hofer 2001: 148ff., m.w.N.

sellschaftlichen Gütern, die Niederlassungsfreiheit und die Koalitionsfreiheit umfasse und im 19. Jahrhundert verwirklicht worden sei. Das zu gewährleisten, sei die historisch und gesellschaftlich notwendige Aufgabe des BGBs, und die soziale Freiheit leiste alles, was Gierke als soziale Aufgabe des Privatrechts hinstelle. Dementsprechend gehe es im Privatrecht nicht wie bei Gierke um die Verbindung von Recht und Pflicht, sondern um Aufhebung und Einschränkung von Rechten (ebd.). Baron intendiert aber keineswegs, die soziale Frage im engeren Sinne nicht anzugehen. Er wendet sich etwa keineswegs gegen die Verstaatlichung des Eigentums aus Gründen der Sicherung der Verteilungsgerechtigkeit. Nur sei dies nicht Aufgabe des Privatrechts: „Sträuben wir uns nicht dagegen! denn darin liegt eine kerngesunde Weiterbildung des Privatrechts; in der Vermehrung des öffentlichen Eigentums liegt das Programm der Zukunft und nicht in der sozialen Färbung des Privateigentums.“ (Ebd.: 241)

In rechtstheoretischer Hinsicht geht es um die Frage, ob die soziale Aufgabe als Bezug zum Ganzen dem Privatrecht immanent, oder aber, ob sie im Öffentlichen Recht anzusiedeln sei; in gesetzgebungstechnischer Hinsicht geht es um die Frage, ob die soziale Aufgabe im Entwurf zum Ausdruck kommen müsse,⁴³⁹ oder aber, ob man dafür auf die Spezialgesetzgebung verwiesen werde. Selbst wenn dabei für die Befürworter der Spezialgesetzgebung angesichts einer sich rasch wandelnden, im Bestand bedrohten Gesellschaft eine Korrektur innerhalb des BGBs über Generalklauseln oder allgemeine Billigkeitsgedanken zuzulassen sei, so handele es sich hierbei nur um Ausnahmen, d.h. um „Beschränkung der individuellen Rechte und Abschwächung der Konsequenzen derselben“ (Planck 1899: 184), die aber nichts an der prinzipiellen Orientierung an der indivi-

439 Gängiger Topos ist dabei die Forderung der Einschränkung der Vertragsfreiheit (vgl. hierzu die Literaturhinweise zu Konrad Schneider, Gierke, Bähr, Gustav Hartmann, Oscar Cleß und Ludwig von Bar bei Repgen 2001: 73f.). Repgen verweist zu Recht auf die bereits zuvor verstärkt aufgekommenen Überlegungen zur Notwendigkeit der Einschränkung der Vertragsfreiheit in der Nationalökonomie (etwa Jean-Charles-Léonard Simonde de Sismondi, Wilhelm Roscher, Adolph Wagner oder Karl Rodbertus; ebd.: 73). Deren Ideen wurden trotz der Tatsache, dass sie grundsätzliche rechtstheoretische Fragen berührten und dies auch von juristischer Seite wahrgenommen wurde (vgl. die Nachweise bei Hofer 2000, 2001: 107ff.; Wilhelm 1979), in der Debatte um die soziale Aufgabe des Privatrechts auf der Ebene der zivilrechtlichen Grundsätze und Prinzipien jedoch in der Regel außer Acht gelassen (anders jedoch bei Gierke, Menger und Baron, vgl. Hofer 2001: 153). Eine Bezugnahme auf nationalökonomische Erkenntnisse erfolgt meist auf der Ebene der Diskussion einzelner materialer Bestimmungen des BGB-Entwurfs.

duellen Freiheit änderten – also genau jenes Regel-Ausnahme-Schema, das Ehrlich kritisiert (s.o.). Solche Vorschriften seien daher nur im beschränkten Maße zulässig. Denn die Hauptaufgabe mit Blick auf die sozialen Belange liege in der Spezialgesetzgebung, und hier v.a. im Öffentlichen Recht.⁴⁴⁰

Angesichts dieser ganz gegensätzlichen Positionen ist Ludwig Fuld zuzustimmen, wenn er im Jahr 1891 schreibt:

Bezüglich weniger Fragen, zu deren Erörterungen die Veröffentlichung des Entwurfes Anlaß gegeben hat, stehen sich die gegenseitigen Meinungen schroffer und unvermittelter einander gegenüber, als in Ansehung derjenigen, ob und in welchem Umfange das Gesetzbuch sozialpolitische Forderungen zu erfüllen habe. (Fuld 1891: 636)

Allerdings eint die Debatte die Problematisierung dieser Frage als Streit über die Wesensbestimmung des Privatrechts – und das im Hinblick auf die Verortung des sozialen Zwecks im Recht. Zur Disposition steht, ob dieser auch dem Privatrecht – und damit dem BGB – oder nur bzw. primär dem Öffentlichen Recht immanent sei. Dabei relativieren beide Positionen das Privatrecht: Erstens wird auch von den Verteidigern des Entwurfs anerkannt, dass das Privatrecht eine soziale Aufgabe habe – und zwar gerade durch die Verwirklichung der individuellen Freiheit, wohingegen die sozialen Belange, die sich auf die Gemeinschaft respektive die Gesellschaft beziehen, Sache des Öffentlichen Rechts seien. Gefragt wird damit nach der gesellschaftlichen Funktion der individuellen Freiheit: ob etwa ihre Überbetonung die Gesellschaft bedrohe, oder ob mithin die Freiheit des Individuums selbst eine gesellschaftliche Institution darstelle, deren Regelung im BGB dem Erhalt der Gesellschaft diene.

Zweitens stellen selbst die Befürworter einer Spezialgesetzgebung das Privatrecht nun nicht mehr über das Öffentliche Recht. Letzteres erscheint nicht mehr wie bei Savigny als „anomalisch“, sondern komplementär. Denn ihm komme aufgrund seiner gesellschafts- bzw. gemeinschaftsorien-

440 Diese Position trifft sich mit der Politik des Reichsjustizamtes, der treibenden Kraft im Verfahren der Erstellung des zweiten Entwurfs: Angesichts der vehementen Kritik implementiert es gewisse soziale und sozialpolitische Zugeständnisse, versucht aber zugleich politisch und wirtschaftlich brisante bzw. umstrittene Fragen aus der Kodifikation herauszuhalten: „Das BGB wurde bewußt entpolitisiert. Die Politik des Reichsjustizamts ging dahin, politisch aufgeladene Materien aus der Kodifikation herauszuhalten.“ (Schulte-Nölke 1995: 279) Diese seien der Spezialgesetzgebung zu überantworten. Damit setzt sich *de facto* diese Position im Gesetzgebungsverfahren durch.

tierten Zwecksetzung die dringliche Aufgabe zu, soziale Härten zu korrigieren. Problematisiert wird die Spannung zwischen Individuum und Gesellschaft – die entsprechend der Positionen entweder über eine rechtsgebietsorientierte Arbeitsteilung oder aber in einem einheitlichen Rechtsbegriff aufzulösen sei.

Damit gewinnt die Gesellschaft als Bezugsobjekt an Bedeutung. Denn in der Verhältnisbestimmung zum Öffentlichen Recht wird die Spannungslage zwischen Individuum und Gesellschaft problematisiert. Und es ist im Spezifischen das Privatrecht mit seinem Bezug zum Individuum, über das dieses Spannungsverhältnis ausgehandelt wird. Der Ort der Freiheit ist nach wie vor das Privatrecht und nicht das Öffentliche Recht. Diese Verortungsprobleme werden angesichts der gefährdeten Gesellschaft zu einer dringlichen Frage. Dass dem Privatrecht dabei eine gesellschaftserhaltende Funktion zukommt, bestreiten daher weder Befürworter noch Kritiker des Entwurfs – man streitet lediglich darüber, ob sich der gesellschaftliche Zerfall im Privatrecht durch die Sicherung der individuellen Freiheiten oder die Stärkung sozialer Rechte mit Kollektivbezug abwenden lasse.

Problematisiert wird also letztlich die gesellschaftliche Ordnungsfunktion des Privatrechts. In einer solchen gesellschaftsfunktionalen Perspektive wird die Gesellschaft zum Gegenstand der Auseinandersetzung um das Privatrecht, hier entfaltet sie ihre epistemische Wirkung. Allerdings wird die gesellschaftstheoretische Frage, die der Debatte um die soziale Aufgabe immanent ist, über die rechtstheoretische Abgrenzung von Privatrecht und Öffentlichem Recht (die in die gesetzgebungstechnische Frage einer Notwendigkeit der Spezialgesetzgebung mündet) ausgehandelt. Über diese Umwandlung der Frage wird die Gesellschaft letztlich nur zu einem impliziten Gegenstand der Rechtswissenschaft. Aufgrund dessen aber erweist sich die Privatrechtstheorie dann selbst als Gesellschaftstheorie – oder wie Julius Ofner schreibt: „Ist Recht die Ordnung der Gesellschaft, so sind alle sozialen Fragen Rechtsfragen.“ (Ofner 1894: 21)

V. Epistemische Folgen II: Wahrheit, Gesellschaftswissenschaft und Autonomie der Rechtswissenschaft

Die Verfestigung der gesellschaftsfunktionalen Perspektive im privatrechtswissenschaftlichen Diskurs beantwortet allerdings noch nicht die Frage, welche Rolle in der Bestimmung des zu kodifizierenden, und d.h. des ‚richtigen‘ Rechts, der Rechtswissenschaft zukommt. Mehr noch, es wird an der Autonomie der Rechtswissenschaft gekratzt, öffnet sie sich doch

durch die Frage nach der gesellschaftlichen Funktion des Privatrechts für Politik sowie Sozial- und Gesellschaftswissenschaften.

1. Die Wahrheit in der Gesetzgebung: Die soziale Aufgabe des BGBs jenseits der Politik

Die Abgrenzung von der Politik erfolgt über die Orientierung an der wissenschaftlichen Wahrheit. Denn wie man der sozialen Aufgabe im BGB gerecht werden könne, wird als Wahrheitsfrage verhandelt. Dies lasse sich nämlich – so der übereinstimmende Tenor – über die wissenschaftliche Arbeit beantworten. Das bestreiten selbst diejenigen Autoren nicht, die geltend machen, dass der Entwurf seine politische Aufgabe völlig verkannt habe. Denn sowohl Ehrlich als auch Menger und Petrażycki, die auf die Notwendigkeit der genuin politischen Entscheidungen in der Gesetzgebung hinweisen, berufen sich gerade nicht primär auf normativ-politische Zielsetzungen, sondern auf die Analysen der objektiven gesellschaftlichen Umstände und sozialen Mechanismen, um ihre Kritik zu formulieren.

Das Problem liegt für Ehrlich und Menger in der Kluft zwischen den gewachsenen Rechtssätzen und dem gegenwärtigen sozialen Entwicklungsstand, die es zu überwinden gelte: Ehrlich etwa geht von einem ganz offensichtlichen Widerspruch der Privatrechtsordnung zur gegenwärtigen kapitalistischen Produktionsweise aus (vgl. Ehrlich anonym/1891: 479f.). Das liege in der Natur der Sache (ebd.: 544). Denn gegenüber dem raschen gesellschaftlichen Wandel im Kapitalismus besitzen jene Institute, die bereits durch feste, in Worte gefasste Rechtssätze geregelt werden, eine „archaisierende Tendenz“ (Ehrlich 1892: 97). Das betreffe namentlich das Privateigentum als Kernprinzip des Privatrechts – hier müsse man mit Blick auf den ersten Entwurf feststellen: „Zwischen Eigenthum und den Besitzlosen gähnt ein Abgrund wie vielleicht in keinem Rechtssysteme der Welt.“ (Ehrlich 1890a: 28) Für Ehrlich ist also offensichtlich, dass sich „das Recht von den thatsächlichen Verhältnissen gar weit entfernt hat“ (ebd.: 30). Solle nun die soziale Krise, die aus der gesellschaftlichen Entwicklung resultiere, bewältigt werden, „so muß man selbstverständlich das Recht den veränderten Verhältnissen anzupassen trachten“ (Ehrlich 1892: 97). Ehrlich fordert dabei die Anpassung in zwei Richtungen:

[E]s muß durch Beschränkung des großen Eigenthums und der Vertragsfreiheit, die durch Entwicklung der Industrie ins Unermeßliche gesteigerte Macht des Einzelnen mit Pflichten gegenüber der Gesamtheit belastet und es müssen gesellschaftliche Organisationen ge-

schaffen und die bereits vorhandenen Keime lebenskräftig ausgestaltet werden. (Ebd.: 98)⁴⁴¹

Das historisch gewachsene Recht muss nach Ehrlich seinem sich wandelnden Kontext angepasst werden, um die Kluft zwischen Recht und gesellschaftlicher Wirklichkeit zu überwinden. Der Kontext wiederum sei eine objektive Tatsache, die sich jedoch nicht durch genuin rechtswissenschaftliche Arbeit bestimmen lasse – vor allem nicht durch die spezifische juristische Technik der herrschenden Doktrin der Historischen Rechtsschule.⁴⁴² Aufgrund des Spezialistendogmas und der damit einhergehenden Konzentration auf positive Rechtssätze sei sie nicht in der Lage, die gegenwärtigen Lebensverhältnisse – die Grundlage jeden Rechts und Rechtswandels – zu erkennen. Alles, was die Juristen zu den „Bedürfnissen der Zeit“ feststellten, sei rein subjektiv, eine rein „oberflächliche Beobachtung des täglichen Lebens“ bzw. ein „oberflächliches Herumreden“, ein „Abklatsch der täglichen Zeitungslektüre“ oder entspringe dem „berüchtigten ‚gesunden Menschenverstande‘“ (Ehrlich 1890b: 450, 451). Ehrlich erkennt ein „Hinuntersinken ins Dilettantenhafte“, da die Feststellungen über die gegenwärtigen Lebensverhältnisse „nicht das Ergebnis des eingehenden Studiums eines sorgfältig gesammelten Materials“ sei. Daher sei erkennbar gerade „keine wissenschaftliche Grundlage für das Urtheil vorhanden“ (ebd.: 450, 451). Ehrlich klagt also in seiner Kritik des BGBs und der Entwürfe nicht das Verfehlen normativer Zielvorgaben, sondern den Mangel an Wissenschaftlichkeit an. Denn die Bestimmung der Lebensverhältnisse könne nicht durch herkömmliche rechtswissenschaftliche Arbeit erfolgen, und werde

441 Zur Lösung der sozialen Frage befürwortet Ehrlich bis in die 1890er Jahre vor dem Hintergrund einer dem Sozialismus und Materialismus nahestehenden Theorie der gesellschaftlichen Entwicklung richtungsweisende Eingriffe des Staates ins Privatrecht, die auf eine Änderung der wirtschaftlichen Grundlagen abzielen (vgl. Ehrlich anonym/1891). Dementsprechend erscheint er seinen Zeitgenossen als Vertreter eines Sozialismus, der „eine Brücke zwischen Menger und Marx“ zu bilden sucht (vgl. Redaktionelle Anmerkung Kautsky in Ehrlich anonym/1891: 430 Fn. *; Vogl 2003: 134). Später wird Ehrlich jedoch die Stärkung der Selbstregulierungskräfte in der Gesellschaft befürworten (vgl. etwa Ehrlich 1916 [1909]), und auch zunehmend liberale Argumente aufgreifen. Dieser Positionswandel führt bis heute zu Schwierigkeiten, Ehrlich politisch einzuordnen (vgl. hierzu Vogl 2003: 177ff.).

442 Angesichts dessen gilt für Ehrlich: „[B]evor unsere Gesellschaft auf diesem Wege zu einer gründlichen Socialreform gelangt, erlebt sie vielleicht eher die vollständige Erkaltung der Sonne, welche die Astronomen für die nächsten Jahrmillionen in Aussicht stellen.“ (Ehrlich 1890b: 445).

dies versucht, so führe dies zu rein unwissenschaftlichen, subjektiven Urteilen.

Für Menger handelt es sich bei der Bestimmung der Lebensverhältnisse – anders als für Ehrlich – um eine explizit rechtswissenschaftliche Aufgabe.⁴⁴³ Er schlägt eine Erweiterung der Rechtswissenschaft vor, die die politischen Angelegenheiten als wissenschaftliche Fragen zu integrieren vermag. So habe die Rechtswissenschaft eine dreifache Aufgabe: Während die geschichtliche Rechtswissenschaft das gewachsene Recht untersuche und die dogmatische Rechtswissenschaft das gegenwärtige Recht in der „für seine Anwendung tauglichste[n] Form“ herausarbeite, bestehe die „Aufgabe der *legislativ-politischen Jurisprudenz* [...] darin, den überlieferten Rechtsstoff mit den Zuständen der Gegenwart zu vergleichen und daraus zu schließen, welche Änderungen desselben in der Zukunft notwendig sein werden“ (Menger 1905: 4, H.i.O.).⁴⁴⁴ Da die geltende Rechtsordnung die „Machtverhältnisse der Vergangenheit widerspiegel[t]“, sei es „die Hauptaufgabe“ einer solchen legislativ-politischen respektive „sozialen Rechtswissenschaft, den Gegensatz zwischen dem geschichtlich gewordenen Rechtszustande und den Machtverhältnissen der Gegenwart festzustellen“ (ebd.: 24). Aus der Feststellung der „tatsächlichen Grundlagen“ (ebd.) und aus dem Vergleich bzw. der Frage der Vereinbarkeit der Rechtsnormen mit den „gegenwärtigen Machtverhältnissen innerhalb der bürgerlichen Gesellschaft“ (ebd.: 32) ergäben sich die notwendigen Änderungen der gegenwärtigen Rechtsordnung.

Sowohl Ehrlich als auch Menger fordern die Anpassung des Rechts an seinen Kontext, wobei sich der Kontext als Faktum darstellt, dem die Anstrengungen des Wissens gelten müssen. Damit steht die Orientierung an der Wahrheit weiterhin im Vordergrund. Nicht normative Zielvorgaben oder prinzipielle Werte, sondern das Erfordernis, dem Faktischen gerecht zu werden, bestimmen die Kritik am Entwurf.

443 Zum Wandel von Ehrlichs Kritik an Mengers Machttheorie des Rechts (vgl. Ehrlich anonym/1891) hin zur Ablehnung eines Verteilungssozialismus (Ehrlich 1986a [1906]), die mit einer Annäherung an Gierkes Position einhergeht, vgl. Vogl 2003: 217ff.

444 Paul Oertmann, der Mengers Erweiterung der Rechtswissenschaft im Grunde zustimmt, fordert demgegenüber noch eine vierte Betrachtungsweise: die rechtsphilosophische Rechtswissenschaft, da es nicht ausreiche, den sozialen Machtverhältnissen nachzugehen. Es sei ebenfalls notwendig, Korrekturen derselben anzubahnen (Oertmann 1896a: 200). Im Grunde klagt er an, dass Menger bei der Wahrheitsaufgabe stehen bleibt und sich kein Weg in die normative Betrachtung öffnet.

Etwas anders gelagert argumentiert Petrażycki. Der Entwurf lasse sich nur vom Standpunkt einer – noch zu entwickelnden – „Civilpolitik“ beurteilen. Diese verfolge zwar eine eminent normative Zielsetzung: „Das Ziel der Civilpolitik besteht in der fortwährenden Annäherung zur Liebe, in der Veredelung der Motivation im Socialleben.“ (Petrażycki 1895: 541)⁴⁴⁵ Gleichsam handele es sich dabei aber – analog zur politischen Ökonomie – um ein wissenschaftliches Projekt: Sie sei als eine „selbständige[], systematische[] und zielbewusste[] Wissenschaft“ zu gründen (Petrażycki 1893: 329). Im Fokus steht die Untersuchung der sozialpolitischen Seite des Zivilrechts, die sich jedoch weniger politisch als vielmehr sozialwissenschaftlich definiere:

Daraus ersieht man die hohe Bedeutung der Civilpolitik, welche den Mechanismus der Socialordnung in einzelnen Sätzen und in ihrem Zusammenhang analysirt, die sociale Bedeutung und Wirkung der civilrechtlichen Begriffe, Institute und Sätze feststellt, die Kritik der Civilgesetze liefert, diejenigen Sätze, deren Wirkung auf das Socialleben schädlich ist, rügt und Postulate, deren Verwirklichung durch die Gesetzgebung von Nutzen wäre, aufstellt. (Ebd.: 328)

Im Zentrum steht die wissenschaftliche Beurteilung der „socialen Wirkung der Sätze des Civilrechtes“ (ebd.: 339).⁴⁴⁶ Sie habe anhand der Funktionsbestimmung des Zivilrechts (d.h. „in der Regelung der Vertheilung des Volkseinkommens“, Petrażycki 1895: 458) sowie anhand der Analyse der psychologischen Effekte (auf die Volkpsychologie und auf den Einzelnen) zu erfolgen.⁴⁴⁷ Das bilde die Basis, um „für die Hygiene zu sorgen, den pathologischen Erscheinungen nach Möglichkeit vorzubeugen, die

445 Da Petrażycki von der Liebe, und nicht von der Konkurrenz als gesellschaftliches Leitprinzip ausgeht, haben ihm zufolge die pädagogischen Effekte von Lohn und Strafe, die auf den Egoismus abzielen, eine gesellschaftszersetzende Wirkung (vgl. Petrażycki 1895: 546). Jherings *Zweck* erscheint ihm dementsprechend nicht anschlussfähig (vgl. ebd.: 344).

446 Dies ist insofern zentral, als das Zivilrecht nach Petrażycki „die wichtigsten Seiten des Menschenlebens“ regelt und damit das Fundament der Sozialordnung bildet (Petrażycki 1893: 327f.).

447 Auch wenn Petrażyckis Arbeit als psychologische Rechts-theorie abgewertet wurde, steht – wie immer wieder betont wurde – das soziale respektive das soziologische Moment im Vordergrund (Lobe 1896: 31; Gella 1977; Podgórecki 1980). Das zeigt sich auch in seinem Einfluss auf die (rechts-)soziologischen Arbeiten seiner Schüler Georg Gurvitch, Pitrim Sorokin und Nicholas Timasheff (vgl. Baum 1967). Zu aktuellen rechtssoziologischen Anschlüssen an Petrażycki vgl. Cotterrell 2015.

Verwirklichung der gesunden Funktion des Rechtsgeschäftes nach Kräften herbeizuführen“ (ebd.: 461).⁴⁴⁸ Auch für Petrażycki gilt letztlich: Trotz expliziter normativer Zielvorgaben ist das Sollen in den rechtlichen Normen des Entwurfs anhand objektiver gesellschaftlicher Kriterien zu beurteilen: den psychologischen und sozialen Effekten der gesetzlichen Regelungsvorgaben.⁴⁴⁹ Diese lassen sich aber nur wissenschaftlich – und d.h.: anhand des Wahrheitskriteriums – bestimmen.⁴⁵⁰ Damit zieht Petrażycki v.a. aber auch nicht die Wahrheitsorientierung der Rechtswissenschaft im engeren Sinne, der „Civiljurisprudenz“, in Zweifel – er hält ihr nur eine ‚bessere‘, objektivere Wahrheit entgegen. Die Civilpolitik nimmt daher nach Petrażycki die Rolle des Naturrechts ein, da das positive Recht an ihr gemessen werde.⁴⁵¹ Auch hier gilt: Das Sollen folgt aus dem Sein.

Auch wenn die Positionen von Ehrlich, Menger und Petrażycki, für die die tatsächlichen gesellschaftlichen Umstände und die sozialen Dynamiken und Mechanismen für ihre Kritik ausschlaggebend sind, einen heftigen Widerspruch erfahren, wird die grundsätzliche Orientierung am epistemischen Ding ‚Gesellschaft‘ anerkannt. Dies zeigt sich selbst in den Einlassungen derjenigen Autoren, die einwenden, dass es gerade nicht Aufgabe der Kodifikation den BGBs sein könne, die soziale Frage zu lösen: Zwar handele es sich dabei sehr wohl um eine eminent wichtige Proble-

448 Aus dieser Perspektive erweist sich selbst der zweite Entwurf des BGBs, dem Petrażycki Verbesserungen gegenüber dem ersten zugesteht, als „Chrestomathie civilpolitischer Fehler“ (Petrażycki 1895: 437) – eine Einschätzung, die Sohm scharf attackiert, beruhe sie doch auf einer vollkommen falschen Vorstellung über die Aufgabe des Rechts (vgl. Sohm 1895: 765f.).

449 Nach Petrażycki soll die Civilpolitik *neben* die „Civiljurisprudenz“ treten und daher keineswegs die dogmatische und die geschichtliche Betrachtung des positiven Rechts verdrängen (vgl. Petrażycki 1893: 343).

450 Zwar ebenso auf rechtswissenschaftstheoretischer Ebene, aber anders gelagert argumentiert Heinrich Dernburg, der auch von einer Kluft zwischen gewachsenem Recht und gegenwärtigen gesellschaftlichen Zuständen ausgeht (Dernburg 1889: 179; 1894: 19): Während Petrażycki und Menger für die Etablierung einer politisch-wissenschaftlichen Perspektive auf das Recht (entweder als Teil der Rechtswissenschaft oder neben ihr) plädieren, setzt Dernburg auf die Integration der Phantasie: Da „[d]ie Frage des Zwecks [...] außerhalb der Erfahrung“ (Dernburg 1894: 36) liege, könne sie nicht nach dem Wissenschaftsideal der Naturwissenschaften behandelt werden. Die Rechtswissenschaft müsse sich vielmehr der Phantasie öffnen, dem eigentlichen „Grund“ des Rechts (ebd.: 38). Damit plädiert er – trotz vager Wortwahl – für die Integration des Gerechtigkeitskriteriums in die Rechtswissenschaft (vgl. ebd.) und damit für ihre Normativierung.

451 Aus diesem Grund nennt Petrażycki die Civilpolitik auch die „Wiedergeburt des Naturrechtes“ (Petrażycki 1895: 579).

matik, in deren Sinne das Gesetz zu erlassen sei. Doch sei die Grundlage hierfür noch nicht spruchreif, da bei den wirtschaftlichen und sozialen Fragen das meiste „zur Zeit noch mehr oder minder umstritten“ sei (Bähr 1890: 190; s.a. Opitz 1889: 7; Loening 1890: 393). Es handele sich oft um „Verhältnisse, welche noch in der Entwicklung begriffen sind und stete Gestaltung noch nicht gewonnen haben, oder über deren gesetzliche Regelung die Ansichten noch nicht genügend geklärt sind“ (Planck 1889: 407). In dieser Hinsicht befände sich „noch Alles im Fluß“ (Heusler 1890: 186), weshalb diesbezügliche Annahmen nicht als „Unterlage für den massiven Aufbau der privatrechtlichen Gesetzgebung“ verwendet werden könnten (Hartmann 1890: 1231). Bestritten wird also keinesfalls, dass der Gang der Entwicklung zu neuen Rechtssätzen gedrängt habe. Sie seien jedoch nur kodifizierbar, wenn „die Verhältnisse und Anschauungen schon soweit geklärt sind, daß auch über die Art und Form der Regelung kein erheblicher Zweifel mehr obwalten kann“ (Planck 1889: 332).

Selbst wenn das Argument der „mangelnden Spruchreife“ – wie von der Kritik bemerkt – in vielen Fällen vorgeschoben wurde, um sich der Stellungnahme zu brisanten sozial-politischen Fragestellungen zu entziehen (vgl. Schröder 1981: 31ff. m.N.); und selbst wenn das Argument daher als ein Teil der erfolgreichen Strategie im Gesetzgebungsverfahren anzusehen ist, politisch und sozial aufgeladene Materien aus der Kodifikation herauszuhalten (vgl. ebd.: 506; Schulte-Nölke 1995: 279; Schlosser 1997: 10ff.), so bleibt festzuhalten, dass dabei im Kern mit dem Wahrheitskriterium und nicht mit normativen Vorgaben operiert wird. Menger, Ehrlich und Pe- trażycki wird nicht entgegengehalten, dass das epistemische Objekt ‚Gesellschaft‘ wie in der Historischen Rechtsschule *per se* mit einem Erkenntnis- mangel behaftet sei, was jegliche Versuche der wissenschaftlichen Bestimmung dieses Objekts *ad absurdum* führen würde. Ihnen wird viel- mehr entgegengehalten, dass objektive Aussagen über die sich rasch wan- delnden gegenwärtigen Verhältnisse, namentlich über die Dynamik in den widerstreitenden Interessen, noch nicht möglich seien. Für eine objektive, und d.h. gesicherte Erkenntnis seien sie noch nicht genügend gefestigt. Da hierüber (noch) keine Wahrheitsaussagen möglich seien, sei auch ausge- schlossen, sich auf derartige Wahrheiten zu berufen. Deshalb müsse man die Kodifikation auf das beschränken, über das eine sichere Aussage gefällt werden könne – und den Rest der Spezialgesetzgebung überantworten (vgl. etwa Planck 1889: 406f.; Heusler 1890: 186f.; ähnlich auch Leonhard 1891: 72).

Dass sich hierfür das Verfahren der Bestandsaufnahme am besten eignet, folgt aus der noch präsenten Verankerung des epistemischen Schemas der Repräsentation, insbesondere der letztlich nicht bestrittenen Rechtsentste-

hungslehre. Angesichts des Einwands der „mangelnden Spruchreife“ biete dieses Verfahren die einzige Möglichkeit, sich auf eine objektive Grundlage für die Kodifikation zu berufen. Der sicherste Weg für eine gelungene Gesetzgebung sei darin zu sehen – wie Planck betont –, „die im Volke bereits lebenden Rechtsgedanken aufzufinden“ (Planck 1889: 331). Diese seien im gegenwärtigen positiven Recht zu finden, nur sie könnten verlässliche Auskunft über das gegenwärtige Rechtsbewusstsein im Volke geben. Das genetische Argument wird dabei jedoch zugleich in ein funktionales Argument umgedeutet. Denn wenn man diese Rechtsgedanken durch die Kodifikation näher bestimme und damit ihre Anwendung sichere, dann befestige man die „Grundlagen der bestehenden Gesellschaftsordnung“ (Planck 1899: 184).⁴⁵²

Auch die Annahme der Historischen Rechtsschule, dass das Recht die lebendige Kraft der gesellschaftlichen Sphäre repräsentiere und daher selbst ein solche lebende Kraft enthalte, findet Anhänger. Wenn man zum wahren Kern des Rechts vordringe, das eine „Verkörperung des im deutschen Volk lebendigen Rechts“ darstelle (Pfizer 1889: 20), dann erkenne man das gerechte, wahre Recht für die Zukunft (etwa ebd.: 15f.; Sohm 1895: 742). Dadurch sichere man den Bestand der Gesellschaft. Denn nur eine gelungene Repräsentation des Rechtsbewusstseins des Volkes unterbreche nicht dessen natürlichen, organischen Entwicklungsprozess. Andernfalls würde man „seinen gesamten Rechtszustand in die heilloseste Verwirrung bringen“ (Opitz 1889: 7).⁴⁵³

Insbesondere Gierke entfaltet seine scharfe Kritik entlang dieses epistemischen Schemas der Repräsentation: Der wahre Kern des Rechts sei der „Rechtsgeist“ (Gierke 1889b: 15), d.h. „ein inneres geistiges Element [...]“, durch welches es [das Recht, D.S.] mit allen den unwägbaren Stoffen und

452 Daneben werden im Namen der mangelnden Spruchreife v.a. pragmatische Gründe für die Beschränkung auf die Bestandsaufnahme geltend gemacht: Da letztlich alles umstritten sei, müsse man sich, wenn man eine zügige Rechtsvereinheitlichung zustande bringen wolle, auf die Bestandsaufnahme beschränken (vgl. etwa Loening 1890: 393f.).

453 Allerdings wendet der Romanist Otto Bähr den Repräsentationsgedanken – ähnlich der Kritik Kirchmanns – zur grundlegenden Kritik des Kodifikationsvorhabens: Nach Bähr ist das Recht als „geistiges Fluidum“ in seiner organischen Verwobenheit nicht in positiven Regeln repräsentierbar. Werde es in starre Regeln gedrängt, die mechanisch angewendet würden, verkümmere es, da es nicht mehr flexibel und anpassungsfähig sei. Das freie juristische Denken, wie es insbesondere in der Romanistik zu erkennen sei, werde unmöglich. Daher berge die Kodifikation eine große Gefahr für Rechtswissenschaft und Rechtsanwendung (vgl. Bähr 1888a).

unmeßbaren Kräften zusammenhängt, die ein Volkstum bilden und fortpflanzen“ (Gierke 1889a: 580). Lege man diese ‚organische‘ Kraft (Gierke 1889b: 14), die „innere Lebenskraft des Rechtes“ (Gierke 1889a: 4) frei, so schöpfe man ein volkstümliches lebendiges „nationales Zukunftrecht“ (ebd.: 368). Denn „[n]ur aus Lebendigem geht Lebendiges hervor“ (ebd.: 3). Die Rechtswissenschaft könne auf genuin wissenschaftlichem Weg der Erforschung des gegebenen Rechts, d.h. jenseits der Frage, was sein soll, helfen, zu dieser „geheimnisvolle[n] Kraft“ (Gierke 1889b: 14) vorzudringen.⁴⁵⁴ Sie leiste dies, indem sie den Zweck des Rechts wissenschaftlich untersuche, d.h. „welche Aufgaben im Leben der menschlichen Gesellschaft die Rechtsordnung in der Vergangenheit erfüllt hat oder in der Gegenwart erfüllt und welche Gedanken über diese Aufgaben auf die Rechtsbildung bestimmend eingewirkt haben oder einwirken“ (ebd.: 3). Dadurch werde das Verständnis für das Recht, die Einsicht in dessen Vergangenheit und gesellschaftlichen Zusammenhang gefördert, allesamt Voraussetzung, „um ein wahrhaft zukunftsreiches Recht [zu] schaffen“ (ebd.: 15).⁴⁵⁵

Auch Gierke wandelt das genetische Argument in ein gesellschaftsfunktionales um: Wenn man das wahre Volksrecht über die Bestandsaufnahme des Rechts erkannt habe – was für Gierke gleichbedeutend ist mit der Erkenntnis und Stärkung des sozialen „germanischen Rechtsgeist[es]“⁴⁵⁶ –, dann erfülle man seine gesetzgeberische Aufgabe: Die Schaffung eines guten „Recht[es] der Zukunft“ (ebd.).⁴⁵⁷ Nur dann könne man zur lebendigen Kraft im Recht vordringen – und v.a. auch einer Erstarrung des Rechts im Gesetz entgegenwirken, das letztlich jedem gesellschaftlichen Entwicklungsgedanken widerspreche (vgl. Bähr 1888a: 458). Dann erfülle man zu-

454 So schreibt Gierke: „Reiner Wissenschaft ist nur die Frage zugänglich, was ist, nicht die Frage, was sein soll. So hat auch die Rechtswissenschaft als solche sich nur mit der großen geschichtlichen Wirklichkeit zu beschäftigen, die wir Recht nennen.“ (Gierke 1889b: 3).

455 Ähnlich argumentiert Pfizer: Wenn gilt, dass das gerechte Recht ein solches sei, „das nach Form und Inhalt dem deutschen Volk und dem deutschen Geiste gerecht wird“ (Pfizer 1889: 15f.), so gebe sich aus der Erkenntnis der Vergangenheit und dem Verständnis der Gegenwart die Zukunft zu erkennen, d.h. des „in ewigem Werden begriffenen Rechts“ (ebd.: 28).

456 Gierke wendet sich also keinesfalls gegen die Rechtsentstehungslehre der Historischen Rechtsschule (vgl. Gierke 1973 [1903]: 6ff.), sondern gegen ihre pandektistische Ausformung.

457 Auch Sohm sieht diesen Zusammenhang von Erkenntnis des „gerechten, wahren Volksrechts“ und der Gestaltung des guten Zukunftsrechts: „Die Vergangenheit wird ihm [dem Juristen; D.S.] zur Weissagerin der Zukunft, zur Lehrmeisterin für das Werk der Rechtsschöpfung, an dem er arbeitet.“ (Sohm 1895: 742; ähnlich auch Krech 1889: 4).

gleich seine soziale Aufgabe und wehre die Angriffe auf die „Lebensbedingungen der Gesellschaft“ ab (Gierke 1889b: 20).

Was sich hier also in aller Deutlichkeit zeigt, ist die strategische Wiederaufladung des Repräsentationsgedankens der Historischen Rechtsschule durch ein gesellschaftsfunktionales Zweckdenken. Wenn Gierke (und andere) erneut nach der Gesellschaft im Recht fragt, dann wird dies nun in die Frage nach der ordnungssichernden Funktion des Rechts umgedeutet. Kurz: Es geht um das Recht der Gesellschaft, denn es ist die gesellschaftliche Ordnungsleistung des Rechts, um die gestritten wird und die die Güte des Entwurfs bestimmt.

Die entgegengesetzten Positionen eint, dass über die soziale Aufgabe des Privatrechts nicht anhand normativer Kriterien gestritten wird. Im Zentrum stehen weder die Auseinandersetzungen über die normative Rechtfertigung des Entwurfs, d.h. ob die Gesetzesregelungen normative Zielvorgaben (etwa naturrechtlichen Idealen) gerecht werde, noch die Formulierung der Ordnungsleistung des Rechts als normatives Problem. Ebenso wenig geht es um den spezifisch normativen Charakter des Rechts als Sollensvorschriften.⁴⁵⁸ Rechtsgrundsätze erscheinen als „Rechtswahrheiten“ (Ausschuss des Bundesrathes für Justizsachen, zitiert nach Rassow 1877: 205), die man entweder über die rechtswissenschaftliche Bestandsaufnahme zu ermitteln habe oder denen die Wahrheit der gesellschaftlichen Entwicklung entgegengehalten wird. Daher wird die soziale Aufgabe des Privatrechts, der Zweck des BGBs, auch nicht als normatives Problem, sondern im Hinblick auf die gesellschaftliche Funktion des Rechts diskutiert. Problematisiert wird, wie sich das Sollen des BGBs anhand einer *gesicherten* wissenschaftlichen Erkenntnis der gegenwärtigen gesellschaftlichen Situation herleiten lässt. Dafür verweist die eine Seite auf die Erkenntnisse der Sozial- und Geisteswissenschaften, namentlich der Nationalökonomie. Die Gegenseite bestreitet, dass es sich dabei um gesicherte Erkenntnisse handelt. Daher müsse man auf andere objektive Kriterien zurückgreifen, namentlich den Bestand des Rechts – und für die Bestandsaufnahme sei die

458 Wenn das Sollen – wie etwa bei Gustav Pfizer – zur Sprache kommt, dann erfährt es eine Problematisierung im Hinblick auf die Abgrenzung des Privatrechts: Sollens-Vorschriften, die Pflichten statuieren, seien nämlich so weit wie möglich aus dem Entwurf herauszuhalten, entspreche das doch gerade nicht dem Regelungsgegenstand des bürgerlichen Rechts als Ordnung der subjektiven Rechte (vgl. Pfizer 1889: 9, 44).

Rechtswissenschaft zuständig. Bis auf wenige Ausnahmen⁴⁵⁹ wird die soziale Aufgabe des Privatrechts als eine wissenschaftliche Frage behandelt, und d.h. im Diskurs dieser Zeit: als eine Wahrheitsfrage, die anhand objektiver Kriterien zu entscheiden sei. Und wenn – wie gelegentlich – die Normativität des Rechts eingeklagt wird, dann dient dies oft als Abwehrargument: Gerade weil es sich im sozialpolitischen Bereich um politische Entscheidungen handle, sei es nicht Aufgabe der Privatrechtsgesetzgebung, sondern eben des Öffentlichen Rechts (vgl. etwa Stolterfoth 1890: 48).

Durch die Orientierung an der Wahrheit wird eine Politisierung des Privatrechts – und damit auch der Privatrechtswissenschaft – abgewendet.⁴⁶⁰ Die Normativität des Rechts bringen weder die Mehrzahl der Befürworter noch die der Kritiker des Entwurfs als strategisches Problem des Rechts in den Diskurs der Privatrechtswissenschaften ein. Was sein soll, folgt aus dem, was ist: entweder aus dem Bestand des positiven Rechts, oder aber aus dem gesellschaftlichen Entwicklungsstand. Gerade hieraus ergibt sich die Plausibilität der zentralen Stellung der Rechtswissenschaft für die Gesetzgebung bzw. die Notwendigkeit, die Rechtswissenschaft als Wissenschaft über die soziale Aufgabe zu problematisieren – jener Weg, den Ehrlich, Menger und Petrazycki für ihre Kritik einschlagen. Das Recht wird dabei als gesellschaftlicher Ordnungsfaktor angesehen, und die gegenwärtige Gesellschaft wird zum Maßstab für diese Frage. Daher wird der Zweck des Privatrechts gesellschaftsfunktional bestimmt. Zugleich zeigt sich die Rechtswissenschaft in diesem Diskurs weder als Sollens-, Norm- oder Zweckwissenschaft, sondern als eine Wissenschaft des Seins.

459 So etwa Pfizer, der geltend macht, dass nicht der Rechtswissenschaft (d.h. der Kommission), sondern dem Reichstag die Feststellung der „leitenden Grundsätze“ obliege, „die in der heutigen Gesellschaft Anerkennung fordern, solche aber im positiven Recht der Gegenwart noch nicht gefunden haben“ (Pfizer 1891: 3). Insbesondere sei es Sache des Reichstags, die Grundlagen für ein gerechtes Recht zu liefern (ebd.; s.a. Pfizer 1889; s. zu diesem Problem auch Hölder 1889).

460 Daher lasse sich die entgegengesetzte Position auch nicht mit politischen Zuordnungen zu Konservatismus, Liberalismus oder Sozialismus gleichsetzen: Die Einordnungsschwierigkeiten bzgl. Jhering zwischen reaktionären Konservatismus und „Juristensozialismus“ wiederholen sich bei Gierke (vgl. Dilcher 1974/1975), und Menger und Baron zählen trotz grundsätzlicher Divergenzen mit Blick auf das subjektive Recht beide zu den Kathedersozialisten.

2. Rechtswissenschaft und Gesellschaftswissenschaft

Kann die Rechtswissenschaft über die Problematisierung der sozialen Aufgabe des BGBs anhand von Wahrheitskriterien die Politik ausschließen, so öffnet sie sich jedoch aufgrund der Aufwertung und der Vergegenwärtigung des epistemischen Dings ‚Gesellschaft‘ den Sozial- respektive Gesellschaftswissenschaften.⁴⁶¹

Diese Öffnung fordern insbesondere Menger und Petrazycki in ihrer Kritik des BGBs und seiner Entwürfe:⁴⁶² Nach Menger etwa unterscheidet sich die soziale Rechtswissenschaft grundsätzlich von der strengen Technik der dogmatischen und der geschichtlichen Jurisprudenz. In der sozialen Rechtswissenschaft finde vielmehr die Sozialwissenschaft „ihren Mittelpunkt“ (Menger 1905: 29) – sie sei eine empirisch ausgestaltete „Erfahrungswissenschaft“ (ebd.: 28), die sich für die Feststellung der Inkongruenz von Recht und Macht auf „tatsächliche Grundlagen“ berufe (ebd.: 24). Diese würden ermittelt durch „ein genaues Studium der Staats-, Rechts- und Kulturgeschichte jedes Landes“⁴⁶³, und zwar „in Verbindung mit den statistischen Aufnahmen über soziale Zustände der Gegenwart“ (ebd.: 24). V.a. aber verfare die soziale Rechtswissenschaft kausalwissenschaftlich: Sie beobachte genau das „Auf- und Abwogen der Machtverhältnisse“ anhand ökonomischer, politischer und religiöser Entwicklungen,⁴⁶⁴ um daraus – und d.h. letztlich nur mittels kausaler Rückschlüsse von Ursachen

461 Gerade das im Gegenwartsbezug begründete Wissensproblem eröffnet den oben bereits erwähnten Interferenzraum zwischen Nationalökonomie und Rechtswissenschaft. Dies zeigt sich insbesondere in den Debatten über materiale Bestimmungen des BGB-Entwurfs, in denen nationalökonomische Argumente herangezogen bzw. abgewehrt wurden (vgl. etwa für die Frage des Wohnungsmietrechts Schneider 1893: 2ff.; für die Debatte über die erbrechtlichen Bestimmungen Schröder 1981: 306ff. m.N.; für die die Landwirtschaft betreffenden Regelungen Hansel 2006).

462 Ehrlich bleibt in seiner Kritik des BGBs und seiner Entwürfe diesbezüglich noch sehr vage. Nur vereinzelt gibt er Hinweise, welche Art von Wissen heranzuziehen sei (etwa die Untersuchungsergebnisse des Vereins für Sozialpolitik; vgl. Ehrlich 1890a: 28). Erst später wird er in der Soziologie des Rechts die Lösung dieser Frage erblicken (s.u. § 5). Zur Entwicklung des Ehrlich'schen Denkens vgl. die grundlegende Studie von Vogl 2003.

463 Der Untersuchung der geltenden Rechtsordnung, in der sich nach Menger die Machtverhältnisse der Vergangenheit widerspiegeln, komme dabei eine bedeutende, aber keine maßgebende Rolle zu (Menger 1905: 24).

464 Menger wendet sich damit dezidiert gegen das Basis-Überbau-Schema (vgl. Menger 1905: 24ff.).

auf Wirkungen – „Schlüsse für die Rechtsgestaltungen der Zukunft“ zu ziehen (ebd.: 22).

Auch Petrażycki betont die Notwendigkeit der Öffnung zu den Sozialwissenschaften, namentlich zur Nationalökonomie: Die „zukünftige Civilpolitik“ sei „keine juristische, sondern vielmehr eine volkswirtschaftliche Wissenschaft [...], nicht der Jurisprudenz, sondern vielmehr der politischen Oekonomie zu imputieren“ (Petrażycki 1895: 565).⁴⁶⁵ Sie beruhe „wesentlich auf Deduktion“, die aus den „[a]llgemeinen Prämissen [...] der (auf Beobachtung, insbesondere Selbstbeobachtung, und Erfahrung beruhenden) Individual- und Massenpsychologie“ Schlussfolgerungen ziehe – und d.h. für Petrażycki insbesondere aus den „schon gewonnenen nationalökonomisch-theoretischen“ Prämissen (ebd.: 581).⁴⁶⁶ Aus diesem Grund sei die Civilpolitik streng von der Civilrechtswissenschaft zu unterscheiden (ebd.: 579).

Menger und Petrażycki versuchen, sozialwissenschaftliches Wissen neben Dogmatik (und Geschichte) zu integrieren – entweder über die Eingliederung des sozialwissenschaftlichen Wissens als eigenständiger Zweig einer weiter ausdifferenzierenden Rechtswissenschaft (Menger), oder aber, indem trotz grundlegender Differenz primär auf das notwendige Wechselverhältnis zwischen Civilpolitik und Civilrechtswissenschaft abgestellt wird (Petrażycki). Dieses Wechselverhältnis könne nämlich der Gefahr der Entfremdung vom Leben entgegenwirken. Da es sich beim römischen Recht um einen „Niederschlag der langjährigen volkswirtschaftlichen Erfahrung“ (Petrażycki 1895: 582) bzw. um ein „Produkt der unbewussten Massenerfahrung“ handele, eigne es sich „als ein empirisches Kontrolmaterial für die deduktive Civilpolitik“ (ebd.: 584). Die anhand dieses Materials rechtswissenschaftlich herausgearbeiteten Prinzipien können mithin – bei Kongruenz – die Richtigkeit civilpolitischer Sätze beweisen (ebd.: 584f.).

Was insbesondere Menger und Petrażycki bestreiten, ist nicht die Eigenständigkeit und Eigenart der genuin rechtswissenschaftlichen, und d.h. rechtsdogmatischen Arbeit. Sie fordern keinesfalls, dass die Gesellschafts-

465 Allerdings verbindet Petrażycki dies mit einer Kritik der bestehenden nationalökonomischen Einlassungen zu Privatrechtsfragen, die sich auf allgemeine Grundsätze (wie etwa die Forderung der Einschränkung der Vertragsfreiheit) konzentrierten und daher weder das Civilrecht noch die Civilrechtsmechanismen verstünden. Letztlich verfehlten sie den Gegenstand der Kritik (vgl. Petrażycki 1895: 566ff.).

466 Da die civilpolitische Aufgabe in der Deduktion psychologischer Wirkungen bestehe, könne man nach Petrażycki jedoch nicht quantitativ vorgehen (ebd.: 582).

und Sozialwissenschaft als Leitwissenschaft der Rechtswissenschaft anzusehen ist, was ja dogmatische und methodische Folgen zeitigen würde. Sie wenden sich vielmehr gegen die Anmaßung, dass sich durch dogmatisch-juristische Arbeit gesellschaftstheoretische Aussagen über Zustand und Entwicklung der Gesellschaft treffen lassen. Damit bestreiten sie jene Idee, dass man über die dogmatische Arbeit zum Leben vordringen könne – oder anders formuliert: dass das richtige Recht, das seiner sozialen Aufgabe gerecht wird, *allein* durch systematisierende Arbeit am Rechtsstoff erkannt werden könne. Hierfür sei der Rückgriff auf sozialwissenschaftliches Wissen als Korrektiv nötig.

Diese Forderung geht den Befürwortern, aber auch der Mehrzahl der Kritiker des Entwurfs des BGBs zu weit. Menger und Petrażycki wird insbesondere entgegengehalten, dass die Gesellschaft aufgrund ihres raschen Wandels kein legitimes Bezugsobjekt für wissenschaftlich gesicherte Aussagen sein könne. Mittels des (letztlich erfolgreichen) Einwands der mangelnden Spruchreife (s.o.) wird bestritten, dass für die Frage der Gesetzgebung, aber letztlich auch die der Rechtserkenntnis dem sozial- und gesellschaftswissenschaftlichen Wissen eine Relevanz zukommen könne – oder anders formuliert: das anderes als genuin juristisch-dogmatisches Wissen die Frage nach dem richtigen Recht beantworten könne. Auch wenn die Gesellschaft zum Bezugspunkt der Debatte über die soziale Aufgabe des Privatrechts wird, ist die Bezugnahme auf eine andere als eine juristische Form der Gesellschaftswissenschaft ausgeschlossen. Mehr noch: Aufgrund der mangelnden Spruchreife erweist sich die Rechtswissenschaft als eigentliche Gesellschaftswissenschaft. Denn „nur der gebildete Jurist“ sei letztlich in der Lage, das „gerechte, wahre Volksrecht“ zu finden (Sohn 1895: 742); nur die Rechtswissenschaft könne das ‚richtige‘ Recht erkennen, das den Bedürfnissen der Zeit entspreche und daher die soziale Aufgabe der Privatrechtskodifikation, nämlich die Befestigung und Sicherung der Gesellschaftsordnung, zu bewältigen vermöge; und nur die Rechtswissenschaft könne die Frage danach beantworten, wie die soziale Ordnung unter den Menschen am besten gedeihe; nur sie schaffe daher adäquates Zukunftsrecht. Selbst für Julius Ofner, der sich vehement für eine „soziale Jurisprudenz“ ausspricht,⁴⁶⁷ die das Recht über das Zweckdenken in sei-

467 Ähnlich wie Menger und Petrażycki argumentiert auch der Wiener Jurist und Politiker Julius Ofner in seinen *Studien sozialer Jurisprudenz* aus dem Jahr 1894: Auch er beklagt die Aussonderung der Politik aus der Rechtswissenschaft und versucht, diese in Form einer „Jurisscienz“ wieder zu integrieren, die das Recht als gesellschaftliches Produkt wissenschaftlich untersucht: „Nur als Ergebnisse

nem Gesellschaftsbezug zu erkennen sucht, gilt, dass dies nur der Jurist zu leisten vermag:

Dem Beteiligten wie dem Gesetzgeber gegenüber ist der Jurist *der Sachverständige für die Ordnung der sozialen Verhältnisse*. Auch sein Denken ist Zweckdenken, das aber nach einem trefflichen Ausdruck von Brinz nicht Potestät, sondern Autorität hat, nicht zwingt, aber durch wissenschaftlich durchdachte Erfahrung geleitet vorherrsicht. Der Jurist soll die nach dieser Erfahrung *objektiv zweckmässige Einrichtung der sozialen Verhältnisse* treffen. (Ofner 1894: 13, H.i.O.)

Allenfalls könne man das Wissen der Sozial- und Gesellschaftswissenschaften als Hilfsmittel betrachten – so etwa bei Gierke, wenn er die Rechtswissenschaften zu den Gesellschaftswissenschaften, d.h. zu „den Wissenschaften vom gesellschaftlichen Sein des Menschen“ rechnet (Gierke 1895: 106). Aufgrund dessen seien „für die tiefere Erkenntniß des Rechts alle anderen Gesellschaftswissenschaften nähere oder entferntere Hilfsmittel“ (ebd.). Sie tragen zum „Verständniß des deutschen Privatrechts und seiner Wandlungen“ bei (ebd.). Als Hilfsmittel sind sie aber letztlich weder im Stande, die Autonomie noch die herausgehobene Stellung der Rechtswissenschaft in der Bestimmung der sozialen Aufgabe des Privatrechts zu relativieren.

Im privatrechtswissenschaftlichen Diskurs um die soziale Aufgabe des Privatrechts wird bereits das Verhältnis von Rechtswissenschaft und Sozial- bzw. Gesellschaftswissenschaft problematisiert. Bedarf die Rechtswissenschaft – wie Menger und Petrażycki angesichts der zur bewältigenden Kodifikation einklagen – eines sozial- und gesellschaftswissenschaftlichen Korrektivs, so macht die andere Seite geltend, dass die Rechtswissenschaft selbst solche Erkenntnisse liefere: Der Jurist erscheint nach wie vor als der

einer kausalen Entwicklung, als Folgen veränderter sozialer Verhältnisse und als Ursachen weiterer Veränderungen sind die geltenden Gesetze wissenschaftliches Material; ihre Eigenschaft, positives Recht zu sein, tritt in den Hintergrund.“ (Ofner 1894: 7) Ihr gegenüber stelle die Jurisprudenz nur eine „angewandte Wissenschaft“ dar (ebd.: 28). Da Recht immer soziales, d.h. gesellschaftliches Recht sei, sei die Jurisscienz unzweifelhaft eine Sozialwissenschaft (auf psychologischer Grundlage), die versuche, „allgemeine Gesetze (Socialgesetze)“ (ebd.: 22) zu eruiieren. Diese hätten dann den Status von „Naturgesetzen“ und nicht den von „praktischen Grundsätzen“ (ebd.). Anhand dieser Gesetze seien Vorteile und Schäden der Rechtsregeln zu prüfen. Da es sich dabei letztlich nicht um normative, sondern wissenschaftlich gewonnene Beurteilungen handelt, betrachtet Ofner die Rechtswissenschaft als „wissenschaftliche soziale Technik“ (ebd.: 26). Auch ihm geht es also um die Integration sozialwissenschaftlichen Wissens, das der Natur des Rechts als gesellschaftliches Produkt entspringt.

Sachverständige für die soziale Ordnung, und die Rechtswissenschaft bestimmt die Funktion des Rechts für die Gesellschaft. Die Privatrechtstheorie fungiert dann selbst als eine Gesellschaftstheorie. Allenfalls könnten (bzw. müssten) Erkenntnisse der anderen Sozial- und Gesellschaftswissenschaften als Hilfsmittel für die Rechtswissenschaft dienen.⁴⁶⁸

Vor dem Hintergrund, dass es sich dabei jeweils um Wahrheitswissen handelt, konkurrieren also Wahrheitsaussagen über das Objekt ‚Gesellschaft‘. Gestritten wird mithin über die gesellschaftstheoretische Aussagekraft der Rechtswissenschaft. Für beide Positionen gilt allerdings: An der Eigenart und der Autonomie der Rechtswissenschaft – und d.h.: der Dogmatik – wird nicht gerührt. Eine Soziologisierung der Rechtswissenschaft, die einen Wandel der Dogmatik und Methodik bedeuten würde, wird nicht gefordert. Stattdessen streitet man über die Frage, ob, und, wenn ja, auf welche Art und Weise sozial- und gesellschaftswissenschaftliches Wissen zu integrieren sei, um zu einer Bestimmung dessen zu kommen, was im Rahmen der BGB-Gesetzgebung als Recht gelten soll. Es geht sozusagen um die Frage, welches Sein als Grundlage dafür gelten kann, das Sollen des zukünftigen Rechts zu bestimmen.

VI. Zusammenfassung: Der gesellschaftsfunktionale Zweck im Privatrecht

Das BGB und seine Entwürfe werden sowohl von Befürwortern als auch von Kritikern über die Frage nach der sozialen Aufgabe des Privatrechts problematisiert. Dass ihm eine solche Aufgabe zukomme, wird dabei nicht bezweifelt. Vielmehr diskutiert man darüber, was darunter zu verstehen sei und wie man ihr gerecht werde. Dies zielt insofern ins Herz der Rechtswissenschaft, als die zu bewältigende Gesamtkodifikation nicht als eine genuin politische Aufgabe, sondern primär als ein wissenschaftliches Projekt

468 Diese Hilfestellung für die Rechtswissenschaft sehen – insbesondere mit Blick auf die Erkenntnisse der Nationalökonomie – auch manche Befürworter als notwendig an: Denn eine gegenwartsbezogene „kritische“ Rechtswissenschaft, die sich nicht nur hinter den Prinzipien verstecke und außerrechtliche Entwicklungen völlig ignoriere (vgl. Baron 1877: 375f.), bzw. die nicht nur das Überlieferte entwickle, sondern ebenso auf die zwar historisch gewachsenen, aber tatsächlich vorhandenen Bedürfnisse der Zeit eingehe (Leonhard 1900b: 60), könne und dürfe sich den kritischen Impulsen aus der Nationalökonomie nicht widersetzen (vgl. hierzu Wilhelm 1979).

verstanden wird.⁴⁶⁹ Die soziale Aufgabe, d.h. der Zweck des Rechts, wird im rechtswissenschaftlichen Diskurs daher nicht politisch-normativ, sondern gesellschaftsfunktional bestimmt.

Angesichts der sozialen Frage erweist sich die Gesellschaft in ihrem Bestand bedroht – sie erscheint als gefährdete Gesellschaft, deren Auflösung und Zersetzung es zu verhindern gelte. Damit verliert die Annahme, dass es sich bei der Gesellschaft um eine harmonische, sich in der Zeit kontinuierlich entwickelnde Sphäre handelt, seine Überzeugungskraft. In einer Gesellschaft, die durch antagonistische Verhältnisse gekennzeichnet und daher in der Gegenwart einem beschleunigten Wandel ausgesetzt ist, kann das Recht nicht mehr – wie im Repräsentationsdispositiv – als Selbstzweck verstanden werden, sondern wird als Mittel zum Zweck adressiert. Seine gesellschaftliche Funktion rückt in den Blick: Das Privatrecht ordnet die Gesellschaft – und dementsprechend hat die Aufgabe eines zukünftigen BGBs in der Sicherung der Gesellschaftsordnung zu liegen. Der Streit über die soziale oder unsoziale Tendenz des BGBs entfaltet sich entlang eines gesellschaftsfunktionalen Zweckdispositivs.

Dabei steht die Frage im Zentrum, wie sich das BGB und seine Entwürfe auf die gesellschaftliche Ordnung auswirken. Genau hierüber entbrennt die Diskussion über die Güte des BGBs und seiner Entwürfe: Wirft ihm die eine Seite individualisierende und daher gesellschaftszersetzende Tendenzen vor, so betont die andere Seite die soziale Funktion der Sicherung der individuellen Freiheit. Dieser Widerstreit, der letztlich auf zwei konkurrierenden Auffassungen über den Zusammenhang von Individuum und Gesellschaft beruht, mündet jedoch nicht in einen Streit über den richtigen Begriff oder eine Theorie der Gesellschaft. Die gesellschaftstheoretische Frage wird vielmehr über die rechtstheoretische Abgrenzung von Privatrecht und Öffentlichem Recht (die zur gesetzgebungstechnischen Frage einer Notwendigkeit der Spezialgesetzgebung führt) ausgehandelt. In dieser Form erweist sich die Privatrechtstheorie dann selbst als Gesellschaftstheorie, wird doch die Frage, wie eine Gesellschaft angesichts der Freiheit der Individuen möglich sein kann bzw. welche Entwicklungsdynamiken sie zeitigt, über die Klärung des ‚Wesens des Privatrechts‘ beantwortet.

Mit der Verfestigung der gesellschaftsfunktionalen Perspektive im privatrechtswissenschaftlichen Diskurs steht jedoch die Autonomie der

469 *Vice versa* lasten die Kritiker das Verfehlen der sozialen Aufgabe in der Kodifikation der angewendeten rechtswissenschaftlichen Arbeitsweise an, namentlich der romanistischen Dogmatik.

Rechtswissenschaften auf dem Spiel. Denn einerseits rückt die politische Frage nach dem, was sein soll, in den Blick. Eine solche Politisierung des Privatrechts und der Privatrechtswissenschaft wird allerdings durch die Orientierung an der Wahrheit ausgeschlossen. Die Normativität des Rechts bzw. die normative Beurteilung der Kodifikation bringt weder die Mehrzahl der Befürworter noch die der Kritiker des Entwurfs als strategisches Problem in den Diskurs der Privatrechtswissenschaft ein. Was sein soll, folgt für die divergierenden Positionen vielmehr aus dem, was ist: entweder aus den Tatsachen und Mechanismen der gesellschaftlichen Entwicklung oder aber angesichts ihrer mangelnden Spruchreife aus dem Bestand des positiven Rechts. Aufgrund dieser Orientierung an den Tatsachen handelt es sich bei der Kodifikation auch um ein wissenschaftliches Problem einer Rechtswissenschaft, die sich nach wie vor als Wissenschaft des Seins versteht. Da der Zweck nicht normativ verstanden wird, da nicht das teleologische Moment des Rechts in den Vordergrund gestellt wird, handelt es sich nicht um ein wissenschafts- und erkenntnistheoretisches Problem, wie es den Annahmen über die Jurisprudenz als Norm-, Zweck- oder empirische Kulturwissenschaft zugrunde liegt (s.u. § 5.IV.2).

Das kodifikatorische Problem wird dahingehend formuliert, ein der Gesellschaft adäquates Recht zu finden, das den *gegenwärtigen* gesellschaftlichen Verhältnissen entspricht und daher den Bedürfnissen der Zeit gerecht wird. Daher ist man andererseits auf die Sozial- und Geisteswissenschaften verwiesen, muss man doch beantworten, was diese gegenwärtigen Verhältnisse und Bedürfnisse tatsächlich sind. Während die Rechtswissenschaft – wie Menger und Petrażycki angesichts der zur bewältigenden Kodifikation einklagen – eines sozial- und gesellschaftswissenschaftlichen Korrektivs bedürfe, macht die andere Seite geltend, dass die Rechtswissenschaft selbst schon solche Erkenntnisse liefern könne: Der Jurist bleibt nach wie vor der Sachverständige für die soziale Ordnung und die Rechtswissenschaft bestimmt die Funktion des Rechts für die Gesellschaft. Auch wenn hier das Verhältnis der Rechtswissenschaft zu anderen Sozial- und Gesellschaftswissenschaften problematisiert wird, fordert keine Seite eine Soziologisierung der Rechtswissenschaft. An der Eigenart und Eigenständigkeit der Rechtsdogmatik und -methodik wird nicht gezweifelt, allenfalls an der Reichweite der Aussagekraft der Erkenntnisse der Rechtsdogmatik mit Blick auf die Verhältnisse der Gegenwart und die soziale Wirkung des Rechts.

Vor dem Hintergrund eines privatrechtswissenschaftlichen Diskurses, der sich entlang des gesellschaftsfunktionalen Zweckdispositivs entfaltet, erscheint es weder verwunderlich, wenn um zentrale Momente des Jhering'schen Zweckdenkens gerungen wird, noch, dass sein Zweckbegriff

des Rechts immer wieder explizit als Bezugspunkt für die kritische Auseinandersetzung mit dem BGB und seinen Entwürfen fungiert (vgl. etwa Ehrlich 1890b: 444; Gierke 1889b: 6f.). Allerdings wird Jherings explizit gesellschaftswissenschaftlicher Fundierung der Rechtstheorie gerade nicht gefolgt.⁴⁷⁰ Die Setzung der Gesellschaft als Zwecksobjekt erscheint genauso wenig plausibel wie in den direkten Reaktionen auf den *Zweck* in den Privatrechtswissenschaften bzw. auch in der philosophischen Rezeption. Erkenntnisse der Sozial- und Gesellschaftswissenschaften werden allenfalls als notwendiges Korrektiv, wenn nicht gar nur als Hilfsmittel der Rechtswissenschaft angesehen. Oder aber man attestiert der Sozial- und Gesellschaftswissenschaft, dass sie angesichts ihres Gegenstandes (noch) nicht zu gefestigten Aussagen gelangt sei. Die Gesellschaft bietet aus dieser Sicht zwar den Rahmen der Argumentation, sie wird zum Maßstab der Güte des Entwurfs, kann aber nicht das Bezugsobjekt der wissenschaftlichen Untersuchung darstellen.⁴⁷¹

Vor allem aber kommt man von Jherings mechanischem Gesellschaftsbild ab, obwohl nun die widerstreitenden Interessen in den Blick rücken: Wenn auf die Gesellschaft als überindividuelle Einheit Bezug genommen wird, dann dient nach wie vor der Organismusbegriff als Leitbegriff, um eine solche Einheit in ihren Eigenschaften zu fassen (vgl. etwa Ehrlich 1892: 99). Insbesondere dient der Organismusgedanke immer noch der Abwehr und der Abwertung des juristischen Denkens als eine mechanische Tätigkeit (vgl. etwa Bähr). Wider solcher mechanistischen ‚Erstarrun-

470 Weitergehende Versuche, die das Recht vom Gesellschaftsbegriff abhängig machen, finden ebenso wenig Gehör: Wenn Alois Heilinger schreibt, „[d]er Begriff des Rechts steht und fällt mit dem Begriff der Gesellschaft“ (Heilinger 1890: 1) und davon ausgehend eine Theorie des Rechts als gesellschaftliche Macht begründet, so erscheint dies als „überaus eigenartige[] Grundgedanken“ (Goldschmidt 1890a: 187).

471 Daher erscheint die sich erst ausdifferenzierende Soziologie gar nicht am Horizont der Debatte. Die schon mehrfach zitierte Diagnose der „mangelnden Spruchreife“ liegt letztlich auch dem berühmten Vortrag „Ueber den Begriff der Gesellschaft und einer Gesellschaftslehre“ des Statistikers, Staatswissenschaftlers und Rechtsphilosophen Gustav Rümelin aus dem Jahr 1888 zugrunde. Darin macht er geltend, dass die „wissenschaftliche Bewältigung“ einer solchen allgemeinen Gesellschaftslehre „noch zu unfertig und lückenhaft zu sein scheint“ (Rümelin 1889: 37). Um diesem Problem beizukommen, wendet er sich dem Gesellschaftsbegriff zu, der als Grundlage einer Wissenschaft gegenüber seinem spezifisch modernen Gebrauch eine Begrenzung benötige – der sich aber fundamental von solchen mystischen Substantialisierungen wie Volksgeist oder Organismus unterscheide (vgl. ebd.: 42f.; zur Würdigung Rümelins als „großer Soziologe“ vgl. Wiese 1957).

gen‘ wird nach wie vor versucht, mittels des Organismusbegriffs die Lebensanbindung des Rechts zu gewährleisten (vgl. Gierke, Opitz; anders jedoch Ofner).⁴⁷² Daher erscheint es nicht notwendig, die Frage nach der sozialen Aufgabe des BGBs über die zugrunde liegende Theorie der Gesellschaft, d.h. die Arbeit am Begriff der Gesellschaft zu klären.

Man kann auch sagen: Jherings Zweckdenken schreibt sich trotz der expliziten Ablehnung seines Werks Ende des 19. Jahrhunderts in den Diskurs der Privatrechtswissenschaft ein, allerdings gewissermaßen verkürzt. Die teleologische Zweckseite, die auf die Normativität des Rechts verweist, wird zugunsten der gesellschaftsfunktionalen Seite des Zwecks außen vor gelassen. Man diskutiert über die soziale Funktion des Rechts,⁴⁷³ seine Ordnungsleistung und seine gesellschaftserhaltende Wirkung. Wenn damit das „Recht der Gesellschaft“ in den Blick gerät, dann geschieht dies jedoch, ohne – wie bei Jhering – die Gesellschaft in den Mittelpunkt der privatrechtswissenschaftlichen Diskussion zu stellen. Die Gesellschaft ist hier ein epistemisches Objekt, das zwar implizite Wirkungen entfaltet, indem sie zum Bezugspunkt der Bestimmung des Wesens des Privatrechts und damit der Güte des BGBs und seiner Entwürfe wird. Sie wirkt sich aber weder auf die methodische noch auf die rechtsdogmatische Ebene aus. Auf Jherings Kritik der Begriffsjurisprudenz, in die sein Zweckdenken mündet (bzw. von der es auch ausgeht), wird zwar verwiesen, allerdings werden daraus keine die Arbeitsweise der Rechtswissenschaft im engeren Sinne betreffende Konsequenzen gezogen. Das wird erst in der Methodendiskussion um die Jahrhundertwende der Fall sein.

472 Exemplarisch ist hierfür auch die Argumentation des Soziologen und Rechtswissenschaftlers Elias Hurwicz aus dem Jahr 1911: Jherings Vorteil liege in der Abwendung vom Volksgeist und in der Hinwendung zur Gesellschaft. Allerdings müsse man richtigerweise die Gesellschaft als organisch und nicht als mechanisch fassen, wolle man vermeiden, wieder bei der Substantialisierung von leitenden Gesetzen zu landen. Denn lediglich das organische Denken sichere, dass die Definition des Rechts als „Sicherung der Lebensbedingungen der Gesellschaft“ die innere Anhängigkeit und damit Wandelbarkeit des Rechts von der Gesellschaft in seiner ganzen Heterogenität aufnehmen könne (vgl. Hurwicz 1911: 35f.).

473 Dies macht in der Folge auch Karl Renner unter dem Pseudonym Josef Karner mit seiner Untersuchung der „sozialen Funktion der Rechtsinstitute“ (Karner 1904a).

§ 5. Zweck-Dispositiv II: Das Problem der Normativität des Rechts im Methodenstreit als normatives Zweckdispositiv (ca. 1900–1920er)

In den Debatten über das BGB und seine Entwürfe deutet sich bezüglich der Bestimmung des Lebensbezugs des Rechts bereits eine Verschiebung hin zur Rechtsanwendung an, die gegen Ende des 19., aber insbesondere Anfang des 20. Jahrhunderts zum Gegenstand intensiver Auseinandersetzungen und Polemiken wird.⁴⁷⁴ So wendet etwa Kohler gegen Menger ein, dass Rechtspolitik und Dogmatik nicht so sehr getrennt seien, wie letzterer postuliere. Ihre Verbindung liege vielmehr in der Frage der Interpretation der Gesetze, wo gesetzespolitische Erwägungen eine entscheidende Rolle spielten, um den Bedürfnissen des Rechtslebens zu entsprechen: „Gesetzespolitik ist Interpretativmittel“ (Kohler 1896: 224). Der lebendige Charakter des Rechts zeige sich also nicht mehr primär in der rechtsdogmatischen Arbeit, sondern werde in der richterlichen Rechtsanwendung verwirklicht.⁴⁷⁵ Damit wird die ‚soziale Aufgabe‘ des Rechts als Ausdruck einer adäquaten Lebensanbindung zu einem Problem der richterlichen Rechtsanwendung bzw. der rechtlichen Methode (vgl. etwa G. Hartmann 1888: 312; Sinzheimer 1976c [1909]: 23).⁴⁷⁶

474 Zum Aufstieg der Rechtsprechung sowie den Diskussionen um das Richterrecht seit dem späten 19. Jahrhundert vgl. Schröder 2006.

475 Das ist auch schon in den *Motiven* zum ersten Entwurf des BGBs angedeutet: Angesichts der anerkannten Unmöglichkeit einer vollständigen Kodifizierung werde die Anpassung an das Leben durch den Gesetzgeber mittels der Veränderung der Gesetze, aber auch durch die Rechtswissenschaft und Rechtsprechung gewährleistet (Motive zu dem Entwurf 1888b: 6f.). Daher nimmt auch die Kommission im Entwurf bzgl. der Auslegung „von jeder einschlagenden Vorschrift Abstand“. Denn „[d]er Gesetzgeber, welcher den Versuch macht, Regeln dieser Art in Gesetzesparagrafen einzukleiden, disponiert nicht, sondern unterweist“ (ebd.: 15). Der Kommission zufolge sei hierfür primär die Rechtswissenschaft zuständig (vgl. ebd.: 6f), der Richter in seinem Urteil nur sekundär.

476 Nach Sohm spielen hierfür v.a. die Generalklauseln, die Billigkeitshaftung sowie der soziale Eigentumsbegriff eine zentrale Rolle (vgl. Sohm 1895: 756ff.). Allerdings wirft der Zustand der Rechtswissenschaft auch in der Rechtsanwendung seine Schatten: Gerade aufgrund der technischen Entwicklung der Rechtswissenschaft, der das Bild des Richters als „Paragrafen- und Präjudizienautomaten“ entspreche, gilt nach Max Weber: „[D]er deutsche Richter wirft das ethische

Diese Verlagerung der Frage des notwendigen Lebensbezugs des Rechts hin zur Rechtsanwendung vollzieht sich im sogenannten ‚juristischen Methodenstreit‘ seit Mitte des ersten Jahrzehnts des 20. Jahrhunderts.⁴⁷⁷ Die Methodenkritiker werfen der dogmatisch-systematisch arbeitenden Rechtswissenschaft vor, dass ihre Methode unwissenschaftlich sei, den Bezug zum Leben kappe und daher zu ungerechten Urteilen führe – also jene drei Motive, die schon Jhering zur Untersuchung des Zwecks im Recht veranlassten. Das ist die Notlage, auf die sie mit der Entwicklung neuer juristischer Methoden zu antworten suchen; und dies wird in der Folge zur Problematisierung des normativen Zwecks im Recht führen.

I. L'urgence: Die Anmaßungen der Begriffsjurisprudenz

1. Eine kurze Geschichte der Genese des Methodenstreits

1.1 Die schwelende Kritik an der dogmatischen Rechtswissenschaft

Parallel zur Debatte um die Kodifikation des BGBs rückt im privatrechtlichen Diskurs seit den 1880er Jahren zunehmend das Problem der dogmatisch-methodischen Bestimmung der Rechtsanwendung in den Vordergrund.⁴⁷⁸ Symptomatisch hierfür ist Oskar Bülow's Schrift *Gesetz und*

Richtschwert weit von sich und ruft nach formalen Merkmalen.“ (Weber 1993 [1895]: 534) Daher bringe die „breite Durchschnittsmasse der heutigen Juristen [...] die Voraussetzungen zur Ausfüllung einer größeren und würdigeren Rolle wohl nicht überall mit sich. Aber eben deshalb wird, so lange dies so bleibt, auch die ‚soziale‘ Bedeutung der Zivilrechtspflege bei uns eine relativ bescheidene bleiben, der Inhalt des Rechts möge nun ‚deutsch‘ oder ‚römisch‘ sein.“ (Ebd.).

477 Die Festschreibung des Privatrechts im BGB beseitigt den bis dahin herrschenden Rechtspluralismus. Der Streit, wie man den Bedürfnissen der Zeit gerecht werde, kann nun nicht mehr über die Wahl der richtigen Rechtsgrundlage ausgetragen werden (etwa deutsches versus römisches Recht). Da angesichts der sozialen Frage die Krisensituation fortbesteht, stellt sich fortan die Frage, wie man das nun bestehende Gesetz (BGB) den sich rasch wandelnden Verhältnissen anpassen kann. Daher wendet man sich der Rechtsanwendung zu.

478 Die Debatte um die Rechtsauslegung ist zudem in die Diskussionen um Rechts- und Prozessreform, Aus- und Fortbildungsreformen der Richter, Klassenjustiz und Laienbeteiligung einzuordnen. Diese Fragen wurden miteinander in Verbindung gesetzt und sind – so Rainer Schröder – als Antworten auf die Überlastung des Justizsystems sowie als Reaktionen auf einen neuen, gesellschaftlich be-

Richteramt aus dem Jahre 1885,⁴⁷⁹ die Anfang des 20. Jahrhunderts als Wendepunkt zu einem neuen Rechtsverständnis erschien.⁴⁸⁰ Gerade die zunehmende gesetzgeberische Tätigkeit, die zu einer Abwertung des Wohnheitsrechts führt, veranlasst Bülow dazu, die Stellung des Richters gegenüber dem Gesetz zu problematisieren (vgl. Bülow 1972 [1885]: 1).⁴⁸¹ Dabei zeige sich: Die – angenommene – herrschende Sicht auf die Rechtsanwendung als bloße logische Subsumtion sei grundlegend falsch. Geschichte und v.a. Gesetzestheorie beweisen, dass „sich im Richteramt eine

dingten Legitimationsbedarf zu lesen, der nicht mehr allein auf der Ebene des materiellen Rechts zu lösen war (Schröder 1988: 325).

- 479 Etwa zeitgleich entwickeln Karl Binding, Adolf Wach und Josef Kohler Auslegungsmethoden, die für eine ‚objektive Theorie‘ der Gesetzesinterpretation (gegenüber der subjektiven Theorie, die auf den Willen des konkreten historischen Gesetzgebers abstellt) eintreten. Da das Objektive jedoch nicht im Wortlaut, sondern im Lebensbezug gesucht wird, wird damit für mehr Freiheiten der richterlichen Interpretation gegenüber dem Gesetz plädiert (vgl. Schröder 1985: 34ff. m.N.). Diese Auslegungstheorien finden mehr Gehör als Bülows Ansatz, zeigen jedoch zugleich, dass auch hier eine Problemverschiebung hin zur richterlichen Rechtsanwendung erfolgt.
- 480 Mit dieser Schrift wird in der Anfang des 20. Jahrhunderts entflammenden Methodendebatte Bülow zum „Säulenheiligen des Richterrechts“ stilisiert (Henne, Kretschmann 1999: 211) und als Vorläufer der Methodenreformbewegung angesehen – eine Einordnung, gegen die er sich im Jahr 1906 in seinem Aufsatz „Über das Verhältnis der Rechtsprechung zum Gesetzesrecht“ zur Wehr setzt (Bülow 1992 [1906]; kritisch zum Bild der Bekehrung Bülows Henne, Kretschmann 1999: 223ff.). Demgegenüber sieht etwa der der Interessenjurisprudenz zuzurechnende Max von Rümelin in Bülow einen typischen Vertreter der bekämpften Begriffsjurisprudenz (Rümelin 1908: 29f.). Zur Problematik, wer als Vorläufer angesehen wird, vgl. Riebschläger 1968: 26ff.; Rückert 2008: 201ff., jeweils m.w.N.
- 481 Regina Ogorek betont insbesondere den etatistischen Charakter von Bülows Ansatz, sei das richterliche Urteil doch wie das Gesetz für Bülow „eine von der Staatsgewalt erlassene Rechtswillenserklärung“ (Bülow 1972 [1885]: 6). Allerdings bündele sein Aufsatz die verschiedenen Überlegungen mit einer veränderten politischen und gesellschaftlichen Lage: „Die rechtsproduktive Kraft des Richteramtes ist längst als Aktivposten der Staatsgewalt verbucht und von den Rechtsuchenden mit entsprechenden Ansprüchen konfrontiert worden. Diese neue ‚Macht- und Bedürfnislage‘ erklärt es, weshalb Bülows Richterrechtstheorie in den achtziger Jahren auch eine neue ‚Bewußtseinslage‘ begründen und zu einem Meilenstein der Rechtslehre werden konnte, obwohl in ihr nicht ein einziges (schon gar kein erkenntnistheoretisches) Argument Verwendung findet, das nicht auch schon früher – selbst zu Beginn des Jahrhunderts – bekannt gewesen wäre.“ (Ogorek 1986: 267f.).

reiche rechtsordnende und rechtsschöpferische Kraft regt“ (ebd.: 2).⁴⁸² Denn gerade weil sich die Gesellschaft nicht als harmonisches Ganzes, sondern als ein „Gewirre und Kämpfe der neben und gegen einander wirkenden Menschenkräfte“ (ebd.: 3) darstelle, sei eine vorausschauende und umfassende Gesetzgebung, die sich an den „unabweisbaren gesellschaftlichen Bedürfnisse[n]“ orientiere (ebd.: 2), nicht möglich: „Das abstrakte stumme Gebot des Gesetzes vermag der vielgestaltigen stürmischen Bewegung des menschlichen Gemeinlebens nicht völlig Herr zu werden.“ (Ebd.: 46) Der „frei strebende menschliche Wille“, das „sich jeder menschlichen Voraussicht entziehende[] Walten des Zufalls“ sowie technische Neuerungen wie etwa die „erstaunliche[] Vervollkommenung der Verkehrsmittel“ schaffen die „sonderbarsten und verwinkelsten Rechtsprobleme [...], Probleme, an welche der Gesetzgeber gar nicht hat denken, für die er also auch keine Lösung hat wollen, noch weniger sie bereit stellen können“ (ebd.: 30, 31). In diesen Fällen fehle die „logische[] Nothwendigkeit des Zusammenhangs zwischen Thatbestand und Rechtsfolge“ (ebd.: 32). Überhaupt scheitere der Versuch einer abschließenden Gesetzgebung an der Uneindeutigkeit jeder Begrifflichkeit, die immer eine Vielzahl sich widersprechender Interpretationen zulasse und die in den sich widersprechenden Urteilen verschiedener Instanzenzüge zum Ausdruck komme (ebd.: 35ff.).⁴⁸³

„Vollständigkeit, Bestimmtheit, Festigkeit, Untrüglichkeit des Gesetzesrechts“ seien also immer nur „vermeintlich[]“ (ebd.: 41). Daher könne es sich beim richterlichen Urteil nicht um eine „bloße logische Subsumtionsoperation“ (ebd.: 5), d.h. nicht um die „folgerichtige[] Ableitung einer Wahrheitserkenntnis aus anderen, schon feststehenden Wahrheiten“

482 Auf geschichtlicher Ebene gilt für Bülow: Bei den immer wieder auftretenden Wellen der Kodifizierung des Rechts durch Gesetz (zum Zwecke der Rechtssicherheit) handelt es sich um Phänomene, die v.a. im Bereich des Privatrechts der Rechtsproduktion durch Richterspruch regelmäßig nachgelagert sind. Insbesondere sei die Rezeption des römischen Rechts in Deutschland durch Gerichtsgebrauch erfolgt, nicht durch die Wissenschaft (vgl. Bülow 1972 [1885]: 24f., 27).

483 Bülow merkt an, dass zur Ermittlung des „wahre[n] Sinn[s]“ daher der Gesetzgeber oft auf die Wissenschaft verweise (ebd.: 38) – eine Gesetzgebungstechnik, die auch in den Motiven zum Entwurf des BGBs vorzufinden ist. Nicht das Gesetz ist die Quelle der Rechtserkenntnis, sondern diese „ist in dem Ganzen des Volks- und Staatslebens verborgen“ (ebd.: 48). In der Konkretion der Rechtsfindung bleibt Bülow jedoch sehr vage: „Ernster Arbeit, reichen Wissens bedarf es um das Recht von dort hervorzuholen, scharfen und geschulten Geistes um es nach dem Maße des Gesetzes zu formen, feiner und zarter Rechtsempfindung um innerhalb der Gesetzesgrenzen die richtige Rechtsbestimmung zu treffen, eines fest und beständig auf das Rechte gerichteten Willens um dieses verantwortungsvollen hohen Berufes gerecht und unparteiisch zu walten!“ (Ebd.).

(ebd.: 9) handeln. Richterliche Rechtsanwendung zeige sich dementsprechend ebenso vom „Willen“ geleitet wie die Gesetzgebung, sie sei rechtsschöpfend, gestalte ebenfalls die Rechtsordnung und sei daher dem Gesetz gleichzustellen. Mehr noch: Indem der Richter die im Gesetz abstrakt angedachte Rechtsordnung im unmittelbaren Lebensbezug des Einzelfalls verwirkliche, reiche erst der Richter an das „wirkliche Rechtsleben“ heran (ebd.: 46). Erst im richterlichen Urteil werde die Steuerungsfunktion des Gesetzes erfüllt (vgl. Henne, Kretschmann 1999: 214), die ja letztlich die Ordnungsleistung des Rechts garantiert.

Für Bülow steht damit nicht nur „die Bedeutung und Würde des Richteramts“, sondern „in sogar noch höherem Grade auch die der Rechtswissenschaft auf dem Spiele“ (ebd.: 13): „Eine Rechtswissenschaft, die vom richterlichen Recht nichts wissen will, spricht sich selber die Existenzberechtigung ab!“ (Ebd.: 45) Betroffen sind auf rechtstheoretisch-dogmatischer Ebene v.a. die Rechtsquellenlehre (vgl. ebd.: VIII), wenn Bülow die rechtsschöpfende Kraft der Rechtsprechung betont,⁴⁸⁴ sowie auf dogmatisch-methodischer Ebene die Rolle des Systemdenkens für die Rechtsauslegung respektive der Rechtserkenntnis, wenn er gegen das Dogma der logischen Subsumtion anschreibt.

1.2 Vom Streit um die Rechtsdogmatik zum Methodenstreit

Bülow spricht in seiner Schrift zentrale Motive an, mit denen sich die Privatrechtswissenschaft zunehmend beschäftigt: Immer häufiger wird Ende des 19. Jahrhunderts die Lückenlosigkeit des Rechts in Frage gestellt, jene *Maxime*, die in der Historischen Rechtsschule die Ergänzung des Rechts aus sich selbst heraus mittels der juristischen Konstruktion ermöglicht hat-

484 Insbesondere lasse sich die Rechtsprechung nicht unter die Schablone des Gewohnheitsrechts drücken, auch nicht unter das „Juristenrecht“ oder das „Recht der Wissenschaft“ (vgl. ebd.: 19, 44). Denn die Gewohnheitsrechtsbildung wie das wissenschaftliche Recht erfolge bei Savigny seinem Systemdenken folgend „ähnlich wie die gesetzliche nur durch Schaffung *abstrakter allgemeingültiger* Rechtsbestimmungen“ (ebd.: 42, H.i.O.). Der Gerichtsgebrauch entbehre aber einer solchen verallgemeinernden abstrakten Regelung und reiche nicht über das einzelne abzuurteilende Rechtsverhältnis hinaus (ebd.: 11, 42). Zum Angriff auf die Rechtsquellenlehre der Historischen Rechtsschule (Gewohnheitsrecht, Gesetz, Wissenschaft) unter Aufwertung des Gesetzesrechtes und der subjektiven Vernunft im richterlichen Urteil vgl. schon Adickes 1872.

te (vgl. etwa Ehrlich 1967e [1888]).⁴⁸⁵ Verteidigungsversuchen der Annahme einer Geschlossenheit des Rechts auch von anderer Seite als den Vertretern der Historischen Rechtsschule, namentlich durch Karl Bergbohm,⁴⁸⁶ wird vehement widersprochen (vgl. Jung 1992 [1900])⁴⁸⁷, und spätestens mit Ernst Zitelmanns Rektoratsrede über *Lücken im Recht* aus dem Jahr 1903 wird die Frage, wann man überhaupt von einer echten Rechtslücke sprechen könne, zu einem drängenden rechtstheoretischen Problem im zeitgenössischen Diskurs der Privatrechtswissenschaft.

Mit der Kritik am Dogma der Lückenlosigkeit geht es nicht um die Erkenntnis, dass jedes Gesetz angesichts der gesellschaftlichen Entwicklungen unmöglich alle zukünftigen Fälle regeln könne – das war auch dem BGB-Gesetzgeber klar (vgl. Motive zu dem Entwurfe 1888b: 7) und hatte, wie Savignys Überlegungen zum Umgang mit fehlerhaften, unbestimmten etc. Gesetzen zeigen, auch die Historische Rechtsschule anerkannt. Viel-

485 Angesichts der immer unvermeidbaren *Lücken im Recht* (Ehrlich 1967e [1888]) gilt, dass das Recht – wie Ehrlich rückblickend sein Ergebnis im Jahr 1903 in der *Freien Rechtsfindung* zusammenfasst – „nicht ein abgeschlossenes, vollständiges System abstrakter Rechtsregeln ist, sondern aus Einzelentscheidungen besteht“ (Ehrlich 1967d [1903]: 170 [Vorrede]). Zur erst nach Veröffentlichung der *Freien Rechtsfindung* Anfang des 20. Jahrhunderts einsetzenden Rezeption der *Lücken* vgl. die Nachweise bei Vogl 2003: 109f.

486 So schreibt Bergbohm im Jahr 1892 trotz seiner Kritik an der Historischen Rechtsschule: „Die ganze Vorstellung von den Rechtslücken sollte endlich einmal aufgegeben werden. Ein Recht, und wenn es fast nichts an geregelten Stoffen umfasst, ist allemal etwas in lückenloser Gestalt Dastehendes. [...] Es bedarf niemals der Auffüllung von außen her, denn es ist jeden Augenblick voll, weil seine innere Fruchtbarkeit, seine logische Expansionskraft im eigenen Bereich jeden Augenblick den ganzen Bedarf an Rechtsurteilen deckt.“ (Bergbohm 1892: 384ff.) Auch wenn er in seinem Plädoyer für den Positivismus primär gegen den naturrechtlichen Rechtsdualismus argumentiert, demzufolge eine Lückenfüllung über das neben dem Gesetz bestehende Natur- bzw. Vernunftrecht zu erfolgen habe, richtet er seine Ausführungen auch explizit gegen die nicht naturrechtlichen Vertreter der These der Lückenhaftigkeit des Rechts (Bergbohm 1892: 384ff. Fn. 10, 11).

487 Ernst Jung widerspricht Bergbohm unter anderem mit Verweis auf den Entwicklungsgedanken des historischen Rechts vehement (vgl. Jung 1992 [1900]: 32). Aber anders als die Historische Rechtsschule betrachtet er das Recht nicht als organisches Ganzes, das daher in sich logisch geschlossen sei. Damit bekämpft er die Idee vom „jederzeitigen Gedecktsein aller möglichen Komplikationen durch die logische Expansionskraft der positiven Sätze“ (ebd.: 33), d.h. der Möglichkeit der Lückenfüllung durch die logisch-systematisierende Arbeit der Rechtsdogmatik. Auch Stammler richtet sich gegen die Annahme der „logischen Geschlossenheit“, dem er in Form des „richtigen Rechts“ jedoch den Gedanken einer Art teleologischer Geschlossenheit entgegensetzt (vgl. Stammler 1902: 272ff.).

mehr steht die methodische Frage im Vordergrund, wie Lücken gefüllt werden. Denn in einem solchen Fall vermag der Rekurs auf ein organisches Ganzes des Rechts, d.h. die dogmatisch-systematische Arbeit am Rechtssystem, nicht mehr zu überzeugen.⁴⁸⁸ So hebt Gustav Rümelin (der jüngere) in seiner Prorektoratsrede von 1891 die Bedeutung persönlicher *Werturteile und Willensentscheidungen* hervor (Rümelin 1891).⁴⁸⁹ Natur der Sache, Analogie, Reduktion und Umkehrschluss erweisen sich in dieser Perspektive nicht als Techniken, die man mittels des Systemgedankens auf rein logische Operationen zurückführen könnte (vgl. Ehrlich 1967e [1888]; Rümelin 1891; Jung 1992 [1900]). Die juristische Konstruktion in ihrem Anspruch, im Rahmen der Rechtsfindung ‚neues‘ Recht zu erzeugen, gerät ins Visier der Kritik (vgl. Stampe 1905b), und zentrale Belange der dogmatisch arbeitenden Rechtswissenschaft werden zur Disposition gestellt.

Dabei findet eine Verlagerung des Kernproblems der Rechtsfindung statt: Es wird nun nicht mehr in der Rechtsdogmatik, sondern in der konkreten Rechtsinterpretation im richterlichen Urteil verortet.⁴⁹⁰ Im „Mittelpunkt“ steht nun die richterliche Rechtsauslegung (Rumpf 1906: 29; vgl. a. Wurzel 1904). An die Stelle des Rechtsdogmatikers rückt der Richter; er wird zur entscheidenden Figur (vgl. Ehrlich 1967d [1903]; Kantorowicz 1906; Rumpf 1906).⁴⁹¹ Zur Debatte steht das Verhältnis des Richters zum Gesetz, wie es schon Bülow zum Ausgangspunkt seiner Überlegungen

488 Da auch in der Historischen Rechtsschule Gesetz und Gewohnheitsrecht Lücken aufweisen können, ist das Lückenproblem nicht neu (vgl. Heine 2004: 36ff.). Die Lücken lassen sich aber durch Rekurs auf das System, das organische Ganze des Rechts, schließen (s.o.) – und genau das wird nun bestritten. Zur Kritik am Verfahren der Pandektistik seit den 1880ern vgl. Haferkamp 2004: 62ff.

489 Es handelt sich um den gleichnamigen Sohn des oben erwähnten Statistikers sowie den älteren Bruder des ebenfalls sehr bekannten Rechtswissenschaftlers Max Rümelin, der zu den Vertretern der Interessenjurisprudenz zählt.

490 Diese Verlagerung des Kernproblems der Rechtswissenschaft folgt auch aus der Kodifikation des BGBs, stellt diese doch die herausragende Stellung der Rechtswissenschaft zusehends in Frage: Aufgrund der Abschaffung des Rechtspluralismus verliert die Rechtswissenschaft ihre Funktion als Rechtsquelle, da es nicht mehr der rechtswissenschaftlichen Bestimmung des überhaupt anzuwendenden Rechts bedarf. Damit bleibt letztlich allein die Interpretationsherrschaft zu retten (vgl. Schröder 1988: 325). Zudem birgt die Positivierung des Rechts im Gesetz die Gefahr der Degradierung der Rechtswissenschaft zu einer „bloßen Wort- und Paragraphenjurisprudenz“ (Zitelmann 1896: 14). Daher fürchtet man die Heraufkunft einer „neue[n] Epoche des Rationalismus“ oder eines „nackten Positivismus“ (Oertmann 1899, zitiert nach Hofer 1999: 113).

491 Das Lückenproblem stellt sich im Rahmen der richterlichen Rechtsanwendung mit einer bestimmten Dringlichkeit: Aufgrund des Rechtsverweigerungsverbo-

machte. Der Fokus liegt nun nicht mehr auf der Rechtsdogmatik, sondern auf der rechtsschöpfenden bzw. rechtsfortbildenden Kraft des richterlichen Urteils (etwa Ehrlich 1967d [1903]; Sternberg 1904; Rumpf 1905: 404f.). Wenn dabei eine „quasigesetzgeberische“ Stellung des Richters proklamiert wird (Jung 1992 [1900]: 21)⁴⁹², streitet man über die Reichweite der „Richtermacht“ (vgl. Stampe 1992 [1905]) im Verhältnis zur Forderungen der „Gesetzestreue“ (Heck 1905) als ein verfassungstheoretisches Probleme der Gewaltenteilung (vgl. etwa Bülow 1992 [1906]: 91; Michaëlis 1906; Radbruch 1906: 363ff.).

Über die Rechtsauslegung und richterliche Rechtsanwendung werden – wie ein Kritiker der neuen Methodenansätze bemerkt – „die letzten Fragen unserer Wissenschaft berührt“ (Mitteis 1909: Sp. 1038): Zur Debatte steht die Rechtsquellenlehre (vgl. etwa Ehrlich 1967d [1903]: 178ff.; später Kiß 1911), der Begriff des Rechts (etwa Jung 1912; Müller-Erbach 1974 [1913]; Somló 1917: 52ff.), die Rolle der Rechtswissenschaft angesichts der Kodifikation des BGBs (z.B. Zitelmann 1903), ja letztlich die methodologischen und methodischen Prämissen der Rechtswissenschaft selbst (etwa Rumpf 1906: 1ff.). Es handelt sich um einen „Kampf um die Rechtswissenschaft“, den Hermann Kantorowicz in seiner vielbeachteten Schrift unter dem Pseudonym Gnaeus Flavius im Jahr 1906 ausruft. Dabei geht es ums Ganze: „Möge diese Schrift neue Streiter werben für den Befreiungskampf der Rechtswissenschaft, für den Sturm auf die letzte Bastion der Scholastik.“ (Kantorowicz 1906: 6)

Seit Beginn des Jahrhunderts finden die Vertreter der schöpferischen Rechtsanwendung immer mehr Befürworter, wie Landsberg in seiner Kritik der Methodenreformbewegung betont: „Keine schleichende Glut mehr, sondern die Flamme, die offen und zielbewußt emporschlägt!“ (Landsberg 1905: Sp. 925) Spätestens seit Kantorowicz’ Aufwertung der Richterpersönlichkeit in seinem *Kampf um die Rechtswissenschaft* sei „[d]er Streit um die richterliche Rechtsschöpfung [...] jetzt endlich von den Geg-

tes darf sich der Richter selbst bei Vorliegen einer Lücke im Recht einer Entscheidung nicht entziehen (vgl. Radbruch 1906: 363; Somló 1917: 396). Zudem gelangte die Figur des Richters auch angesichts einer anhaltenden Justizkritik in den Fokus (zur Justizkritik Ende des Kaiserreiches sowie in der Weimarer Republik vgl. Schröder 1983; Kuhn 1983).

492 Da nach Jung der Richter im Falle der Lückenhaftigkeit auf das „natürliche Recht“ zurückgreift, das jenseits des positiv gesetzten Rechts existiert, handelt er bei der Lückenschließung nicht willkürlich, sondern rechtsgebunden. Insofern agiere der Richter auch nur quasigesetzgeberisch, da er zwar eine Regel zum Recht erhebe, aber nicht wie die Gesetzgebung eine Willensentscheidung fälle (vgl. Jung 1912).

nern angenommen worden“ – auf dem „Gebiete der juristischen Methodenlehre“ herrsche „große Regsamkeit“, wie Gustav Radbruch im Jahr 1907 feststellt (Radbruch 1907: 241). Der „juristische Methodenstreit“ (Radbruch 1906) sei im Privatrecht im vollen Gange,⁴⁹³ und die „deutsche Rechtsprechung“ befinde sich – wie Hans Wüstendörfer im Jahr 1913 proklamiert – erneut an einem „Wendepunkt“ (Wüstendörfer 1913).

Das Stichwort für die neue Perspektive auf die juristische Methode liefert – in Anlehnung an François Génys Entwurf der „*libre recherche scientifique*“ (Gény 1954 [1899]) – Eugen Ehrlich mit seinem Vortrag *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft* aus dem Jahr 1903. Drei Jahre später versucht Kantorowicz die disparaten kritischen Einlassungen zur herkömmlichen Methodenlehre unter dem Namen „*freirechtliche Bewegung*“ zu bündeln (Kantorowicz 1906: 13, H.i.O.); den Namen ‚Freirecht‘ übernehmen sowohl Befürworter als auch Kritiker der neuen Richtung (vgl. Rückert 2008: 203 m. zahlr. N.).⁴⁹⁴ Bereits 1905 führt Philipp Heck als Alternative den Terminus der Interessenjurisprudenz ein (Heck 1905), der

493 Zur anwachsenden Literatur vgl. die Auflistungen in Heck 1912: 48f. Anhang I; Heck 1914: 1f. Fn. 2; sowie die Nachweise in den in der *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* zwischen 1904 und 1908 erschienenen *Literaturberichten Rechtsphilosophie* von Gustav Radbruch (Radbruch, Kaufmann 1987: 445ff.) und in Justus Wilhelm Hedemanns *Zivilistischen Rundschau* im *Archiv für bürgerliches Recht* (vgl. v.a. Hedemann 1908, 1910; zum Methodenstreit vgl. statt vieler Schröder 1988; Schröder 1976, sowie die Anthologien von Gängel, Mollnau 1992; Ellscheid, Hassemer 1974).

494 Die Freirechtsschule bezieht sich – wie schon Kantorowicz betont (Kantorowicz 1992 [1911]: 267f.) – auf eine Ansammlung relativ heterogener Positionen und Ideen. Erschwert wird ihre Bestimmung auch dadurch, dass manche Autoren ihr nur in Teilaspekten zustimmen (vgl. Rückert 2008: 205ff.). Darüber hinaus werden sehr unterschiedliche politische Positionen vertreten (vgl. ebd.: 212ff.), so dass man weder aus sachlichen noch aus politischen Gründen alle über einen Kamm scheren kann. Zu den am häufigsten genannten Vertretern der Freirechtsschule gehören Eugen Ehrlich, Hermann Kantorowicz und Ernst Fuchs. Daneben wird immer wieder auf Ernst Jung, Theodor Sternberg, Max Rumpf, Ernst Stampe sowie Gustav Radbruch verwiesen (vgl. zur Einordnung Radbruchs unten § 5.IV.2.1). Zur Freirechtslehre vgl. v.a. Kanigs 1932; Riebschläger 1968; Lombardi Vallauri 1971; Moench 1971; Schröder 1988; zu den einzelnen Protagonisten siehe v.a. Muscheler 1984 (Kantorowicz); Foukles 1965 (Fuchs); Bartels-Ishikawa 1998 (Sternberg); Vogl 2003 (Ehrlich). Arthur Nußbaums Rechtstatsachenforschung, die rechtssoziologischen Ansätze Hugo Sinzheimers oder Hans Wüstendörfers „soziologische Methode der Rechtsfindung“ sind nur bedingt dieser Schule zuzuordnen, auch wenn sie im Diskurskontext der Debatten um das Freirecht auftraten.

ebenfalls auf breite Zustimmung stößt.⁴⁹⁵ Die Begriffe werden jedoch keineswegs einheitlich verwendet: Mal werden sie als Gegensätze verstanden,⁴⁹⁶ mal dient der eine, mal der andere als übergreifender Sammelbegriff (vgl. etwa Hedemann 1908: 296ff.; Kantorowicz 1992 [1911]: 268; vgl. auch die Nachweise bei Stoll 1974 [1931]: 155ff.).

Aber auch andere Bezeichnungen werden ins Feld geführt: Ernst Fuchs erkennt in der neuen Richtung die „wahre moderne Rechtswissenschaft“ bzw. einen „juristischen Modernismus“ (Fuchs 1909a: 204, 1), und dementsprechende werden die Vertreter v.a. des Freirechts als „Modernisten“ bezeichnet (vgl. etwa Kantorowicz 1992 [1911]: 268; Merkl 1993 [1920]: 266; Baumgarten 1929: 16). Ernst Stampe will sie mit Blick auf das Ergebnis als „Sozialjurisprudenz“ verstanden wissen (Stampe 1904, zitiert nach Rückert 2011: 915). Einzelne Autoren wiederum legen den Schwerpunkt auf das jeweils entscheidende Kriterium im Rechtsfindungsprozess und sprechen von „teleologischer“ (Jung 1992 [1900]: 33) oder „wertender“ Jurisprudenz (Heck 1974 [1929]: 91 Fn. 5), von „Zweck“- (Baumgarten 1929: 16ff.; vgl. Kantorowicz 1992 [1911]: 268) und später von „Wertungsjurisprudenz“ (vgl. Stoll 1974 [1931]: 160 Fn. 13), von „realistischer“ (vgl. Heck 1974 [1929]: 91 Fn. 5) oder „soziologischer Jurisprudenz“ (etwa Wurzel 1904: 102) bzw. von „Gefühlsjurisprudenz“.⁴⁹⁷

Das Feld der Methodenreformbewegung spaltet sich in unterschiedliche Richtungen auf, wobei die Gegenüberstellung von Freirechtsbewegung und Interessenjurisprudenz dominiert. Einigkeit besteht trotz aller Differenzen in der grundsätzlichen Kritik an der dogmatischen Rechtswissenschaft.

495 Zu den Hauptvertretern der Interessenjurisprudenz werden neben Philipp Heck meist Max Rümelin, Heinrich Stoll, und im weiteren Sinne auch die Zivilrechtslehrer Paul Oertmann und Rudolf Müller-Erbach (kritisch hierzu Knauthe 1968) gezählt; zur Interessenjurisprudenz vgl. Dombek 1969; Edelmann 1967; Kallfass 1972; Ellscheid, Hassemer 1974; zu einzelnen Vertretern insbesondere Schoppmeyer 2001 (Heck); Haßlinger 2014 (Rümelin); Brodhun 1999 (Oertmann).

496 Das liegt insbesondere an der Konfrontationslage, in der sich Interessenjurisprudenz und Freirechtslehre sehen.

497 Angesichts der Rechtentstehungslehre der Historischen Rechtsschule, die das Recht im außerstaatlichen Rechtsbewusstsein verortet, wird das Rechtsgefühl als Quelle des Rechts (und damit der Rechtsfindung) und des Rechtswandels diskutiert (vgl. etwa Löning 1907; Jung 1912; Kübl 1913; Radbruch 1914/1915; Rümelin 1925). Dies führte zu der – oft abwertenden – Bezeichnung als „Gefühlsjurisprudenz“.

1.3 Gemeinsame Polemik gegen die Begriffsjurisprudenz

Die gemeinsamen Angriffe richten sich gegen das Dogma der Lückenlosigkeit des Rechts, das der herrschenden Rechtswissenschaft mit ihrem Schwerpunkt auf der dogmatisch-systematischen Arbeit am Recht zugrunde liegt.⁴⁹⁸ Zahlreiche Abhandlungen befassen sich seit der Jahrhundertwende mit dem Problem der Bestimmung des Lückenbegriffs, so dass Heck im Jahr 1914 schließlich feststellt: „Die Literatur des Lückenproblems ist schon sehr umfangreich, da sich jede ausführlichere methodische Untersuchung der neueren Zeit mit dem Lückenproblem auseinander setzt.“ (Heck 1914: 157 Fn. 234) Der Lückenbegriff wird zum Teil ausdifferenziert: Echte werden von unechten Lücken abgegrenzt (Zitelmann 1903), unterschieden werden auch primäre und sekundäre Lücken, daneben aber auch Gebots-, Tatbestands- und Rechtsfolgelücken, Total-, relative oder Alternativlücken sowie Kollisionslücken (vgl. Heck 1914: 168ff.). Dabei erweist sich für manche schlichtweg jeder Rechtssatz als lückenhaft, müsse man doch generell von der Unbestimmtheit und der „Relativität der Begriffe“ (Müller-Erzbach 1912) ausgehen: „[G]etrost darf man behaupten, dass nicht weniger Lücken als Worte da sind. Kein einziger Begriff ist bis in seine Urmerkmale zerlegt, wenige nur sind definiert und diese wenigen wieder nur durch andere, selber undefinierte Begriffe.“ (Kantorowicz 1906: 15)

Nicht nur angesichts des gemeinhin anerkannten Problems der „notwendig unklaren, lückenhaften, widerspruchsvollen Werke des Gesetzesverfassers“ (Radbruch 1906: 365), sondern ebenso mit Blick auf die Rechtsordnung und das Rechtssystem (etwa Stampe 1905b: Sp. 419f.) geht man von der Lückenhaftigkeit des positiven Rechts aus (vgl. Berolzheimer 1907: 145ff.) – auch wenn zum Teil erhebliche Differenzen im Verständnis der Lücke auszumachen sind. Aufgrund dieser Erkenntnis rückt aber nun die Frage, wie Lücken zu füllen sind, in den Vordergrund, da man hierfür nicht mehr auf ein wie auch immer geartetes organisch und/oder logisch

498 Lücken fordern auch den Systemgedanken des BGBs heraus, ging man doch bei seiner Verfassung davon aus, dass – selbst wenn keine Vorschrift unmittelbar anwendbar sei – das „BGB im Bedürfnisfall aus sich selbst, aus dem in ihm enthaltenen Rechtssystem ergänzt werden“ könne (Mugdan 1899: 365; s.a. Riebschläger 1968: 82f.; Schröder 1988: 334). Dies geschehe nach der dogmatisch-systematischen Methode mittels der Prinzipien des BGBs, die den Keim des weiteren Ausbaus in sich trügen und der sich auf dem Wege der Analogie vollziehe.

geschlossenes Rechtssystem und damit auf das positive Recht zurückgreifen kann.⁴⁹⁹

Angesichts dieses Problems verbreitet sich eine Polemik gegen die konstruktive Jurisprudenz als „Begriffsjurisprudenz“⁵⁰⁰, ein Vorwurf, der z.T. explizit an Jhering anschließt.⁵⁰¹ Sie wird geschmäht als „Begriffsknechtung“ und „Scheinwissenschaft“ (Fuchs 1976 [1910]: 188), sei keine „wahre[] Wissenschaft“, sondern „Pandektologie“ (Fuchs 1965c [1908]: 119) bzw. „eine dem Querulantenwahnsinn verwandte psychopathische Erscheinung“ (Fuchs 1909a: 59). Vorgeworfen wird ihr ein lebensfremder „Scholastizismus“ (Münch 1914/15: 391), Apriorismus (vgl. Fuchs 1976 [1910]: 185) und Formalismus (Müller-Erbach 1908: 333f.; differenziert dazu Rümelin 1907: 36ff.)⁵⁰², was in einem „Begriffsrealismus“ (Rumpf 1906: 35; Fuchs 1965a [1916]: 178) münde, indem irrigerweise die „wissenschaftlichen Begriffe als kausale Realitäten“ aufgefasst würden (Heck 1912:

499 Da sich die Kritik gegen die Annahme jeglicher Form der Geschlossenheit des Rechts richtet, richtet sie sich sowohl gegen die Historische Rechtsschule als auch gegen den Positivismus (vgl. Kantorowicz 1906: 10; Reichel 1992 [1910]: 193). V.a. werden diese beiden an sich nicht vereinbaren Richtungen aufgrund der Positivierung des positiven Rechts im BGB nun auch oft in eins gesetzt (vgl. Ogorek 1986: 5, m.N.), indem den Vertretern der Historischen Rechtsschule unterstellt wird, dass sie sich fortan nur noch am positiv gesetzten Recht orientierten. Daher greift man nun die „gesetzespositivistische“ Begriffsjurisprudenz an (Rümelin 1930: 35; s.a. Heck 1912: 21; Baumgarten 1930: 329, 332).

500 Für die grundlegenden Zweifel an der juristischen Methode, die als Ausgeburt der juristischen Dogmatik erscheint, wird wie in der Debatte über die Kodifikation des Zivilrechts im BGB insbesondere Windscheid zu einer Schlüsselfigur (vgl. Rückert 1992; 2008: 202 m.w.N.; 1988: 87ff.), denn nach wie vor gilt: „Jurisprudenz, das heißt Pandekten – Pandekten, das heißt Windscheid.“ (Siber 1909: 964) Allerdings spielt nun angesichts der erfolgten Kodifikation die Frage, ob der Rekurs auf germanisches Recht diesen Auswüchsen vorbeugen würde, keinerlei Rolle mehr.

501 Die Referenz auf Jhering erfolgt in doppelter Hinsicht: Zum einen dient Jherings „Theorie der juristischen Technik“ als exakte Beschreibung der geschmähten juristischen Konstruktion (etwa Heck 1912: 14). Zum anderen schließt man sich seiner späteren Kritik (v.a. in *Scherz und Ernst*) der Konstruktionsjurisprudenz als Begriffsjurisprudenz an: Er habe als erster die Begriffsjurisprudenz entdeckt und bekämpft (Kantorowicz 1912b: 77). Das wird jedoch z.T. bestritten: Für manche geht auch der späte Jhering wie ein Begriffsjurist vor (etwa Müller-Erbach 1912: 205). Die Verteidiger der herkömmlichen Dogmatik und Methode verwenden nun selbst den Ausdruck ‚Begriffsjurisprudenz‘ im positiven Sinne, um die unausweichliche Notwendigkeit der juristischen Arbeit mit Begriffen als „Form der Darstellung“ zu kennzeichnen (vgl. etwa Sohm 1909, 1910; Vierhaus 1909: Sp. 1171).

502 Zu Max Rümelins Kritik der Begriffsjurisprudenz vgl. Haßlinger 2014: 79ff.

18). Die juristische Technik sei „Sünde gegen den heiligen Geist“ (Ehrlich 1967d [1903]: 188), und das Fundament der juristischen Konstruktion erweise sich als „ein Bau aus Münchhausenschen Luftsteinen“ (Stampe 1905b: 420; differenzierend Rümelin 1922b).⁵⁰³ Diese Kritik schlägt sich in einem bestimmten Richterbild nieder: Der Begriffsjurisprudenz degradiere den Richter zu einer „Denkmaschine“ mit „rein logische[n] Operationen“ als seine „Geheimtechnik“ ohne jegliche andere Zutat (Kantorowicz 1906: 7). Er sei – so das bis heute wirkmächtige Bild – ein „Subsumtions-Automat“ (etwa Fuchs 1907a: 184; s.a. Reichel 1992 [1910]: 193; Gmelin 1910c [1908]: 4; Heck 1914: 22), dem in überspitzter Form ein „Richterkönigtum“ (Fuchs 1907b) entgegengehalten wird.⁵⁰⁴

Die Polemik gegen die Begriffsjurisprudenz beruht dabei auf der Feststellung einer mehrfachen Gefahr (*l'urgence*): Gegenüber den lebensfremden, rein spekulativen Begriffskonstruktionen gelte es, die Wissenschaftlichkeit der Jurisprudenz im Namen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit zu verteidigen.

2. Die Gefahren der Begriffsjurisprudenz

2.1 Der Streit um die Wissenschaftlichkeit

Gemein ist den Ansätzen der Methodenreformbewegung, dass die zur Lückenfüllung erforderliche Rechtsfindung ein Problem der Wissenschaftlichkeit der Jurisprudenz darstellt.⁵⁰⁵ Genau das zweifeln die Gegner der Methodenkritik jedoch an: Man unterstellt, dass sie auf „die subjektive

503 Diesem Angriff auf die Dogmatik entspricht eine Umwertung in der Beurteilung Puchtas als herausragender Vertreter der konstruktiven Jurisprudenz: Habe zunächst „Puchtas machtvoll einseitige Persönlichkeit [...] alle dogmatisch interessierten Romanisten in den Bann seiner Methode“ gezogen, gelte er nun im Gefolge von Jherings *Scherz und Ernst* „als der typische Vertreter der einseitigsten, verstiegenen, weit- und lebensfremden, praktisch unanwendbaren, dialektisch haarspaltenden Begriffsjurisprudenz“ (Landsberg 1910: 459, 460; vgl. zu dieser Umwertung v.a. Haferkamp 2004: 46ff.).

504 Zu dieser Spannungslage in den Überlegungen zur Richterfunktion, die bereits im 19. Jahrhundert vorlag, vgl. die grundlegende Studie von Regina Ogorek 1986.

505 So kann man mit Haferkamp feststellen: „Trotz aller bemängelten Schwächen hatte Jherings Schrift [*Scherz und Ernst*, D.S.] einen seit den achtziger Jahren sensibilisierten Punkt getroffen. Zunehmend machten sich Zweifel an der Wissenschaftlichkeit des bisher von der Rechtswissenschaft geübten Verfahrens breit.“

Willkür des Richters“ (Vierhaus 1909: Sp. 1174) rekurriere, eine „Suprematie des Individuums über das Gesetz“ (Unger 1906: 783) und damit eine „antisozial[e]“ Überhöhung des Juristen (Klein 1906: 266) unterstütze, für eine Rechtsanwendung *contra legem* eintrete und daher eine „Kadi-Justiz“ befürworte (Vierhaus 1909: Sp. 1173).⁵⁰⁶ Denn der Richter werde gegenüber dem Recht freigesetzt, indem er bei Vorliegen einer Lücke in einen Bereich jenseits der wissenschaftlichen Erkenntnis des Rechts verwiesen werde.⁵⁰⁷ Letztlich führe der „Kampf um die Rechtswissenschaft“ zu ihrer Beseitigung, zur „Befreiung des Rechts von der Wissenschaft“ (Unger 1906: 787; vgl. auch Michaëlis 1906: 396).

Entgegen dieser Kritik wird vielmehr darum gerungen, das Urteil des Richters wissenschaftlich zu fundieren. Denn genau dafür sei die als „Kunst“ verstandene Begriffsjurisprudenz in ihrem „methodische[n] Quietismus“ (Heck 1914: 3) vollkommen ungeeignet. Die angeblich wissenschaftliche Methode der Rechtsfindung durch die vorgeblich rein logischen Operationen der Subsumtion, Deduktion, Analogiebildung und Umkehrschluss in der Begriffsjurisprudenz erweise sich als trügerisch. Das Vorgehen der „technischen Begriffsjurisprudenz“ offenbare sich bei einem genaueren Hinsehen – so Philipp Heck – als ein unzulässiges „Inversionsverfahren“ (Heck 1909: Sp. 1461).⁵⁰⁸ Aus logischen Gründen sei nicht haltbar, aus den Rechtssätzen Rechtsprinzipien als systematisierende, abstrakte Ordnungsbegriffe zu extrahieren, aus denen dann für nicht geregelte Rechtsfälle neue (inhaltliche) Rechtssätze konstruiert werden. Denn das

(Haferkamp 2004: 63) Das bildete die Basis des Erfolgs des Schlagworts der Begriffsjurisprudenz.

506 Dass namentlich das Freirecht für eine Rechtsanwendung gegen das bestehende Gesetz (*contra legem*) eintrete, befinden nicht nur die Befürworter der juristischen Konstruktionsmethode, sondern wird auch von den Anhängern der Interessenjurisprudenz ins Feld geführt (etwa Heck und Rümelin). Gegen diesen Vorwurf setzt sich insbesondere Kantorowicz mit seinem Aufsatz *Die contra-legem-Fabel* zur Wehr (Kantorowicz 1911b; s.a. 1911a: 285 Fn.10 m.w.N.; kritisch hierzu Muscheler 1984: 125ff.). Einer Reaktivierung der *contra legem*-Fabel wird heute vehement widersprochen (vgl. etwa Auer 2015: 785ff.).

507 Diese Vorwürfe, die unter anderem gegen seinen Vorschlag der Interessenabwägung gerichtet sind, fasst Stampe im Jahr 1905 treffend zusammen: Die neue Methode „leiste dem unreifen Dilettieren auf sozialem Gebiet Vorschub, bringe den Richter leicht in das Gefolge von Sonderströmungen und sei geeignet, die Rechtsordnung mit einem Chaos, von allen möglichen Zweckmäßigkeitsrück-sichten entsprungenen und des Zusammenhaltes durch großzügige Prinzipien entbehrenden Einzelsätzen zu überschwemmen“ (Stampe 1905b: Sp. 418).

508 Zu Rümelins Kritik am Inversionsverfahren vgl. Haßlinger 2014: 92ff.; zur Kritik Stolls vgl. die Nachweise bei Kallfass 1972: 80 Fn. 297.

formallogische System abstrakt-allgemeiner Begriffe eigne sich lediglich zur Darstellung des Rechts, nicht aber, um daraus neues Recht zu gewinnen.⁵⁰⁹

Zudem bedeute dieses Verfahren eine Abwendung vom Leben: Die zugrunde liegenden Lebensbedürfnisse finden keinerlei Berücksichtigung, weder bei der Bildung der Gebotsbegriffe, noch bei der Deduktion von neuen Rechtssätzen (vgl. Heck 1912: 21f.). Darauf zielt auch der Vorwurf von Eugen Ehrlich ab, dass die Begriffsjurisprudenz „systematische Begriffe“ mit „Rechtsbegriffen“ verwechsle (Ehrlich 1976 [1918]: 214).⁵¹⁰ Da erstere nur der Systematisierung und Darstellung des Rechtsstoffes dienen, könne man aus dem „System“ nicht mehr herauslesen, als man über konkrete Rechtsverhältnisse vorher hineingelegt habe. Deswegen scheitere eine systematisch-dogmatische Rechtsfindung, wenn sie angesichts konkreter neuartiger Lebensverhältnisse neue Rechtsbegriffe finden müsse (vgl. ebd.: 218).

Mehr noch: Dass Schlussverfahren wie Analogie, Deduktion, extensive und intensive Interpretation etc. als Grundlagen wissenschaftlich rationaler Rechtsfindung untauglich seien, zeige sich darin, dass sie nach „logischen“ Maßstäben geradezu zu „beliebigen“ Ergebnissen führten (etwa Kantorowicz 1906: 23ff.; s.a. Gmelin 1910e: 12f.).⁵¹¹ Letztlich lassen sich keine überzeugenden Metaregeln dafür angeben, weshalb auf der Grundlage einer bestimmten Methodenregel *de facto* einmal dieses, ein anderes Mal ein möglicherweise sogar gegenteiliges Ergebnis jeweils gleicherma-

509 So schreibt Heck: „Die Signatur des Inversionsverfahrens besteht darin, daß es ein Formulierungsprodukt, den Gebotsbegriff, als den Gegenstand der primären Erkenntnis hinstellt (Umkehr der Relation).“ (Heck 1909: 1461). Später richtet sich Heck auch speziell gegen die Deduktion, die mittels dieses Verfahrens eine „deduktive Begriffspyramide“ bilde, die als Grundlage der „Auslegung aus dem Systeme“ fungiere (Heck 1932a: 166).

510 Rechtsbegriffe beziehen sich auf konkrete Rechtsverhältnisse und Interessengegensätze, systematische Begriffe dienen der Systematisierung und Darstellung des Rechtsstoffes. Sie verhalten sich zueinander wie Arten und Gattung, d.h. Rechtsbegriffe wie z.B. Verein, Genossenschaft etc. können systematischen Begriffen wie der juristischen Person untergeordnet werden (Ehrlich 1976 [1918]: 214f.).

511 So schreibt Kantorowicz: „Wie es sein [des Juristen, D.S.] ‚Wille zum Recht‘ verlangt, wird bald die restriktive, bald die extensive Interpretation angewendet, ohne daß [...] auch nur der Versuch gemacht wird, die Kriterien anzugeben, unter denen dieses oder jenes der zahlreichen Interpretationsverfahren geboten ist. [...] In allen diesen Fällen ist der wahre Acteur eben der Wille; leerer Schein die logische Deduktion. Sie steht im Dienste nicht der Wahrheit, sondern des Interesses“ (Kantorowicz 1906: 36f.).

ßen als *lege artis* begründbar erscheint (Auer 2015: 783; s.a. Müller-Erzbach 1906: Sp. 1236).

Angegriffen werden die „naive[] Methodenlosigkeit“ der juristischen Konstruktion (Stampe 1905a: Sp. 716), die „Illusion eines ganz objektiven Verfahrens“ (Heck 1912: 17), der „versteckte[] und *darum* so gefährliche[] Subjektivismus der Begriffsjurisprudenz“ (Kantorowicz 1992 [1911]: 264, H.i.O.), die „irrationalen Kräfte der zivilrechtlichen Urteilstätigkeit“ (Bendix 1927) usw. usf. Eine „grundlegende Reform unserer Wissenschaft“ erscheint nötig (Heck 1914: 2), da die „Rechtsfindung durch Konstruktion den Anspruch auf Wissenschaftlichkeit nicht erheben darf“ (Stampe 1905b: 418).

Angesichts dessen erweist sich der „Kampf um die Rechtswissenschaft“ als Kampf um die Wissenschaftlichkeit der Jurisprudenz: Nach Kantorowicz müsse mit der „*Wissenschaft als Rechtsquelle* [...] endlich Ernst gemacht werden“ (Kantorowicz 1906: 20, H.i.O.). Im Zentrum steht die Auseinandersetzung mit der „Aufgabe der Wissenschaft“ (Ehrlich 1967d [1903]: 198)⁵¹², die Herausbildung „eine[r] methodisch klare[n] Wissenschaft, welche auch die Kritik und die Fortbildung des Rechts in den Kreis ihrer Aufgaben einbezieht“ (Heck 1912: 46) bzw. „die Schaffung einer festen Forschungsunterlage, die keine Wissenschaft entbehren kann“ (Müller-Erzbach 1906: Sp. 1238; s.a. Wolff 1914/15: 362). Oder wie Ernst Fuchs proklamiert: „Schaffen wir [...] eine echte Rechtswissenschaft! *Nur Wissenschaft verbannt Willkür.*“ (Fuchs 1965a [1916]: 179, H.i.O.)

Dieser Kampf um Wissenschaftlichkeit gilt selbst für diejenigen Autoren, die sich zur Lückenfüllung auf das Rechtsgefühl als Ursprung des Rechts, seinen Geltungsgrund sowie als Quelle weiterer Rechtsentwicklung beziehen: Man beruft sich auf das Gefühl, um die „Fehler der rein begrifflichen Spekulation“ zu vermeiden (Kuhlenbeck 1907: 16), dem „gefährlichsten Subjektivismus“ im richterlichen Urteil vorzubeugen (Haff 1924: 142) bzw. das rein „subjektive Werturteil“ der Interessenabwägung zu vermeiden (Jung 1912: 34). Dabei erscheint das Gefühl als eine objektive, empirisch erforschbare Tatsache, die induktiv zu ermittelt sei (Pontes de Miranda 1922: 195)⁵¹³ – und zwar mittels der Rechtspsychologie als die „an die Begriffe der Erfahrungswissenschaften und des Lebens anknüpfen-

512 Vgl. diesbzgl. die Nachweise zu Heck, Rümelin und Stoll bei Kallfass 1972: 18ff., 61ff.

513 Dagegen wird eingewendet, dass es sich beim Gefühl nicht um eine objektive Kategorie handle, vielmehr weise es aus wissenschaftlicher Sicht einen „indiskutablen Charakter“ auf (Dehnow 1914: 92). Daher beruhe die sogenannte Gefühlsjurisprudenz auf intuitiven, subjektiven und damit irrationalen Urteilen

de Wissenschaft des Rechts in psychologischem Sinne“ (Haff 1924: 135f.) bzw. als „fundamentale Hilfswissenschaft“ (Kuhlenbeck 1907: 16).⁵¹⁴

2.2 Das Problem der Rechtssicherheit

Die Verteidiger der juristischen Konstruktion weisen den „Vorwurf scholastischer Unfruchtbarkeit“ (Mitteis 1909: 1042) zurück und fragen angesichts der „Nebelwege[] freirechtlicher Unklarheit“ (Vierhaus 1909: Sp. 1175): „[W]o bleibt die Rechtssicherheit?“ (Landsberg 1905: Sp. 925). Ihnen wird jedoch von den Methodenkritikern gerade der Mangel an Rechtssicherheit entgegengehalten, der aus der Begriffsjurisprudenz resultiere: „Die ‚rechtsschöpferische‘ Konstruktionsjurisprudenz hat die infolge der Unvollkommenheit der Gesetzgebung bestehende Rechtsunsicherheit nicht vermindert, sondern vermehrt.“ (Korsch 1914/15: 432; s.a. Fuchs 1965b [1927/28]) Da die Methodenkritik dazu berufen sei „einer heute nicht seltenen Willkür in der Gesetzesauslegung entgegenzutreten“ (Müller-Erbach 1906: Sp. 1235), wende sie sich gegen die „formalistische[] Rechtsunsicherheit“ (Sternberg 1920: 151). Die freie Rechtsfindung biete „eine bessere Gewähr für die Rechtssicherheit [...] als die technische“ (Ehrlich 1967d [1903]: 187). Denn die Ansätze zur richterlichen Rechtsfortbildung richteten sich gegen die „Haupteinbruchspforte der Rechtsunsicherheit“, d.h. sie treten ein für eine

des Richters (vgl. aus neuhegelianischer Sicht Berolzheimer 1911: 609f.: kritisch auch Fuchs 1912). Demgegenüber müsse man – so Müller-Erbach im Namen der Interessenjurisprudenz – „über ein Rechtsschöpfen aus dunkeln Äußerungen des Empfindungslebens [hinauskommen, D.S.] und ein vernunftmäßiges Begreifen der Rechtserscheinungen anbahnen“ (Müller-Erbach 1974 [1913]: 54). Auch für die Diskussion um das Rechtsgefühl gilt: Das subjektive, willkürliche Urteil soll ausgeschlossen werden – egal, welche Position man vertritt.

⁵¹⁴ Vgl. a. Riezler 1921, Sturm 1910; Klein 1912. Da damit keinesfalls nur die Individualpsychologie gemeint ist, wird hier nicht nur auf die Massen- und Völkerpsychologie verwiesen, sondern auch auf die Soziologie (jedoch in Abgrenzung zu Durkheims kollektivistischem Ansatz, vgl. Klein 1912: 9ff.). Zum Problem des Verhältnisses von Psychologie und Rechtswissenschaft zu den Naturwissenschaften vgl. bereits aus dem Jahr 1905 die Schrift *Die Rechtswissenschaft in ihren Beziehungen zu anderen Wissenschaften* des sozialdarwinistischen und rassentheoretisch argumentierenden Jhering-Schülers Ludwig Kuhlenbeck (1905); zum Verhältnis von Psychologie und Jurisprudenz allgemein vgl. die Beiträge in Jakob, Rehbinder 1987, sowie in Schmoeckel 2009.

nicht bloß subjektiven Empfindungen entquellende, sondern im bewiesenen Einklange mit der sozialen Entwicklung stehende Lösung dieses und vieler anderer Probleme, die Umprägung der verdeckt und unbewußt wirkenden Wertungen und sozialen Kräfte in klar erfaßte, ihrer Tragweite nach bestimmte logische Formeln (Wurzel 1904: 99).

2.3 Die drohende Ungerechtigkeit der Begriffsjurisprudenz

Der wie auch immer definierten Begriffsjurisprudenz werden nicht nur wissenschaftliche Unzulänglichkeiten angelastet. Das eigentliche Problem liege in ihrem mangelnden Lebensbezug, d.h. in der „Entfremdung von Recht und Volk“ (Radbruch 1906: 370): Sie „verdeckt den Zusammenhang mit den Lebensinteressen“ und „führt zur Herrschaft der Begriffe und Definitionen (Formelgefahr)“ (Heck 1909: Sp. 1460, 1461). Dabei wird der proklamierte Lebensbezug gerade der juristischen Konstruktion nun nicht wie in der Kodifikationsdebatte um das BGB primär im Namen der sozialen Aufgabe des Privatrechts, sondern im Namen der juristischen Auslegungsmethode in Frage gestellt. Begriffe könnten keinen Zugang zur Realität bieten, weshalb die Konzentration auf die dogmatisch-systematische Begriffsarbeit in der Rechtsanwendung den Zweck des richterlichen Urteils verfehle. Auf diesem Weg könne man kein Recht gewinnen, „wie es das Leben fordert“ (Heck 1912: 7).

Die Forderung nach der stärkeren Berücksichtigung der sozialen Wirklichkeit wird dabei als ein wissenschaftliches Problem definiert. Man müsse dafür die Rechtsfindung auf eine „reale Grundlage“ stellen (Müller-Erbach 1906: 1235), eine „den Lebensinteressen am besten entsprechende Form der Gesetzesauslegung“ entwickeln (Heck 1914: 8) bzw. zum faktisch geltenden „Rechtsleben“ vordringen, das nicht mit dem gesetzten Recht identisch sei (vgl. Spiegel 1909: 7ff.; Ehrlich 1907). Die Lehre vom Recht sei – so Rudolf Müller-Erbach – eine „Lebenswissenschaft“ (Müller-Erbach 1912: 345).

Im Zentrum dieser Kritik an der lebensfremden Begriffsjurisprudenz steht die Abwehr immenser Gefahren für die gesellschaftliche Entwicklung.⁵¹⁵ Angesichts des raschen Wandels der Lebensverhältnisse erweise sich die juristische Konstruktion aufgrund ihres mangelnden Lebensbe-

515 Hierüber herrschte schon vor dem Ersten Weltkrieg ein deutliches Bewusstsein, dies wird aber insbesondere nach Kriegsende zu einem allgemeinen Problem (etwa Nußbaum 1916: 136; Haff 1924: 140).

zugs nicht nur als rückständig und hemmend (vgl. Bozi 1916: 108), sondern berge ebenso „schwere soziale Gefahren in sich“ (Stampe 1905b: Sp. 418), ja es wird ihr gar „Gemeinschädlichkeit“ attestiert (Fuchs 1909a; s.a. Wüstendörfer 1913: 235). Vor allem aber bringe sie gerade aufgrund der raschen Veränderung der gesellschaftlichen Verhältnisse die Gerechtigkeit in Gefahr. Wenn man ohne Verständnis des Wandels der gegenwärtigen Verhältnisse ein seiner Natur nach veraltetes Gesetzesrecht streng nach den Regeln der Logik anwende, so führe das oft zu unbilligen Ergebnissen (kritisch hierzu Brie 1909): „Nur wo ein aus dem Buch ins Leben fortgewandter Blick des Handelns fernste Folgen und Bedingungen ermißt, nur wo *Weisheit* ist, – ist Gerechtigkeit.“ (Kantorowicz 1906: 47, H.i.O.) Die juristische Konstruktion, die „Pandektologie“ gelte es im Namen der Gerechtigkeit zu überwinden – und die Rechtswissenschaft sei, so Ernst Fuchs, eine „Gerechtigkeitswissenschaft“.

Die Kritik zielt damit nicht nur auf ein faktisches Moment ab, d.h. die Kongruenz des Rechts mit den tatsächlichen Lebensverhältnissen, sondern ebenso auf ein normatives Telos: die Gerechtigkeit. Diese Spannungslage zwischen Faktizität und Normativität wird zur vorherrschenden Problematierungsweise, um die sich die Debatten innerhalb der Methodenkritik formieren werden.

II. Die erneute Suche nach dem Lebensbezug des Rechts: Das Recht der Gesellschaft

Um den Lebensbezug des Rechts und damit der Rechtswissenschaft zu gewährleisten, setzen insbesondere viele Vertreter des Freirechts erneut an der Rechtsentstehungslehre an: Da nicht alles Recht im Gesetz zu finden sei, müssten dem Gesetz noch andere Rechtsquellen zur Seite stehen, aus denen der Richter Recht schöpfen könne (vgl. Ross 1929: 185). Dafür wird nicht auf die Gewohnheitsrechtslehre der Historischen Rechtsschule zurückgegriffen, wird ihr doch Mystizismus, Spekulation und Idealismus vorgeworfen. Denn sie reduziere die Rechtsentstehung auf einen unergründlichen Faktor in Form des „einzig wissenschaftlich unbrauchbaren, weil unfäßlichen: den Volksgeist“ (Kantorowicz 1970 [1914]: 12). Dies führe zugleich zu einer Verzerrung der Perspektive, verpflichte die Gewohnheitsrechtslehre doch aufgrund der Prämisse des Traditionszusammenhangs den Blick auf die Vergangenheit zu richten. Daher sei sie – so Kantorowicz – dem bekämpften Historismus zuzuordnen (vgl. Kantorowicz 1912b). Und Ehrlich macht geltend:

Wenn die Wissenschaft bisher zu einer befriedigenden Lehre vom Gewohnheitsrecht nicht zu gelangen vermochte, so liegt der Grund darin, daß sie es hartnäckig verschmähte, die Gesellschaft selbst in ihrer rechtsbildenden Arbeit zu beobachten und ihrer scholastischen Ueberlieferung folgend es vorzog, das Pergament für den heiligen Brunnen anzusehen, aus dem ein Trank den Durst auf ewig stillt. (Ehrlich 1907: 30)⁵¹⁶

Neue Rechtsverhältnisse, die aufgrund des gesellschaftlichen Wandels stets entstehen, könnten dadurch nicht in den Blick geraten.⁵¹⁷

Erkannt wird stattdessen nun ein „gesellschaftliches“ (Ehrlich 1970 [1902]: 240), „freies“ (Ehrlich 1967d [1903]) oder „lebendes Recht“ (Ehrlich 1967b [1911], 1967c [1911], 1967a [1912]; Bozi 1915), ein „natürliches Recht“ (Jung 1912) bzw. ein „*Naturrecht*“ in veränderter Gestalt“ (Kanto-

516 Zu Ehrlichs ambivalenter Stellung zu Savigny vgl. insbesondere Manigk 1974 [1914]. Auch bei Kantorowicz ist angesichts der Rechtsentstehungslehre eine solche Ambivalenz zu erkennen, die einerseits in der deutlichen Kritik an Savigny (vgl. Kantorowicz 1912b) und andererseits an der Selbstverortung in dieser Tradition zu sehen ist, wenn er schreibt: „Unsere Bewegung tritt hier die verlassene Erbschaft aus den besseren Anfängen der historischen Schule an.“ (Kantorowicz 1906: 32) Diese Nähe zur Rechtsentstehungslehre der Historischen Rechtsschule (insbesondere der wie auch immer gearteten soziologischen Ansätze in den Rechtswissenschaften) wurde im zeitgenössischen Diskurs auch öfters hervorgehoben (vgl. Somló 1911: 568f.; Oertmann 1914: 71f.). Hierin mag auch der Grund liegen, dass der Begriff der Rechtssoziologie – wie Rehinder mit Verweis auf Fishman hervorhebt – bereits im Jahr 1882 zum ersten Mal von dem russischen Juristen Semen Pachman verwendet wurde, und zwar im Versuch, diese von der Rechtsdogmatik abzugrenzen. Er hatte vor, die Rechtsdogmatik der Historischen Schule unter Kritik an Jherings Zweckdenken weiterzuentwickeln (vgl. Pachman 1986 [1882]; Behlert 1990).

517 Die strategische Wiederaufladung des Gedankens der Rechtsentstehung in der vom Staat unabhängigen Sozialsphäre als eigentliches Problem der wissenschaftlichen Methode führt also zu einer erneuten expliziten Auseinandersetzung mit dem Gewohnheitsrecht (vgl. etwa Ehrlich 1907; Jung 1929; Rümelin 1924b; s. hierzu Mokre 1932: 88ff.; zum Wandel im Gewohnheitsrechtsbild vgl. Schröder 2007: 239ff.). Dementsprechend sieht Jan Schröder in der Auseinandersetzung zwischen Freirecht und konservativer Jurisprudenz in mancher Hinsicht eine Fortsetzung des Rezeptionsstreits zwischen Romanisten und Germanisten (Schröder 1976: 38). Dabei deutet er die freirechtlichen Ansätze als konsequente wissenschaftstheoretische Ausbuchstabierung des Volksgeistgedankens in der Form des Volksrechts von Beseler (siehe etwa Ehrlich 1989 [1913]: 389f.).

rowicz 1906: 10, H.i.O.; s.a. später Sternberg 1988 [1927]: 40).⁵¹⁸ Die „Rechtswirklichkeit“ wird der aus der Masse der Rechtsvorschriften gebildeten „Rechtsordnung“ entgegengestellt (Sinzheimer 1976c [1909]: 5).⁵¹⁹ Dabei zeige sich: *„Die Rechtsordnung braucht sich mit der Rechtswirklichkeit nicht zu decken und deckt sich auch tatsächlich mit ihr in vielen Beziehungen nicht. Denn nicht alles geltende Recht ist wirksam und nicht alles wirksame Recht ist ausgesprochen.“* (Ebd., H.i.O.) Damit wird das Repräsentationsdispositiv radikal in Zweifel gezogen: Recht in Form des Gesetzes repräsentiert nicht mehr die Gesellschaft, sondern die Frage lautet, welches Recht die Gesellschaft jenseits des Gesetzes produziert. Das „lebende Recht“ zeichnet sich nach wie vor durch seine historische Kontingenz aus, es verweist aber nun nicht mehr auf die Vergangenheit, sondern auf seine aktuelle beständige Änderung. Daher wird durch das „lebende Recht“ nun nicht mehr die Repräsentation der vorausgesetzten gesellschaftlichen Wirklichkeit problematisiert, sondern es wird selbst als Teil dieser Wirklichkeit angesehen, das in seinem beständigen Wandel den geronnenen Rechtsformen gegenübertritt.

Dies mündet in einer Entgegensetzung von Gesetz und Recht als eine tatsächliche gegenwärtige gesellschaftliche Praxis: „Denn positiv ist doch nur das Recht, welches tatsächlich lebt, welches reale Geltung hat, mag es nun gesetzlich fixiert sein oder nicht.“ (Spiegel 1909: 21) Angesichts der erfolgten Kodifikation geht es hier immer um ein Recht, das jenseits der Gesetzgebung entsteht, wie Kantorowicz 1906 die Positionen zusammenfasst:

Denn ob wir nun blicken auf Stammlers „Richtiges Recht“, auf Ehrlichs „Freie Rechtsfindung“, auf Mayers „Kulturnormen“, auf Wurzels „Projektion“, auf Stampes „Interessenwägung“, auf Rümelins „Werturteile“, immer werden Sätze herangezogen, die bestimmt sind, staatliches Recht zu bewerten, zu ergänzen, fortzubilden oder umzustoßen. Sätze, die, eben dieser Funktionen wegen, nicht staatliches Recht sein

518 Das Naturrecht wird noch auf ganz andere Weise aktualisiert: So sieht Adolf Menzel einen Gleichlauf von moderner Soziologie und Naturrechtslehre (der Sozialkontraktslehren), verwendeten Vertreter der ersteren (z.B. Comte, Spencer, Coste, Gumpłowicz und Ratzenhofer) doch das „Naturgesetz der Entwicklung“ als Wertmaßstab für und nicht als Erklärungsprinzip der Wirklichkeit. Bei beiden sei insofern eine Vermischung von normativer und tatsächlicher Betrachtung gegeben (vgl. Menzel 1912).

519 Und manch einer erklärt nun auch die „Bedürfnisse des Rechtslebens“ zu einer eigenständigen Rechtsquelle (Cosack 1903: 26).

können, aber Recht und also freies Recht sein müssen. (Kantorowicz 1906: 11)⁵²⁰

Freiheit wird in diesen Ansätzen weiterhin im Privatrecht verortet – hier entsteht in den intersubjektiven, privaten Beziehungen ein freies, gesellschaftliches Recht jenseits des Staates, das diesem gegenübersteht.⁵²¹ Jedoch wird die Rechtsquellenlehre nun nicht mehr im Rahmen der dogmatischen Arbeit, sondern durch die Rechtsanwendungslehre bzw. die Rechtsfindung problematisiert. Denn – wie Spiegel schreibt – „[a]us der Beobachtung, daß sich das Recht vielfach anders gestaltet, als das Gesetz es haben will, ergibt sich nicht das Bedürfnis, das Recht zu ändern, sondern die Notwendigkeit, die Methode der *Rechtswissenschaft* zu revidieren“ (Spiegel 1909: 14, H.i.O.). Das wissenschaftliche Problem besteht darin, Methoden zu entwickeln, dieses in der Gesellschaft entstehende freie, lebende, „dynamische“⁵²² Recht zu ‚finden‘, um auf dieser Grundlage das Recht richtig anzuwenden (vgl. kritisch Reichel 1915). Nicht die *Rechtsfreiheit*, sondern das *Freirecht* steht im Mittelpunkt.

Demgegenüber rücken v.a. (aber nicht nur) die Verfechter der Interessenjurisprudenz die gesellschaftliche Ordnungsfunktion des Rechts im Anschluss an das gesellschaftsfunktionale Zweckdispositiv in den Vordergrund. Zwar geht es ebenfalls um die Klärung der Frage der Rechtsentstehung (die später sogenannte „genetische Interessentheorie“, Heck 1932a: 73). In direkter Abgrenzung zur Historischen Rechtsschule

520 Stammler wehrt sich gegen die Vereinnahmung seiner Lehre des richtigen Rechts durch die Freirechtsbewegung bzw. gegen die Gleichsetzung mit der Methodenkritikbewegung (vgl. etwa Fuchs 1907a: 184; Hedemann 1908: 306f.; Radbruch 1906: 370). In seiner *Theorie der Rechtswissenschaft* aus dem Jahr 1911 setzt er sich daher kritisch mit dem Freirecht auseinander (Stammler 1911: 723ff.; s.a. 1906a; s.a. 1925b: 428). Zur Differenz zwischen Stammler und der Freirechtsbewegung vgl. Riebschläger 1968: 50ff.

521 Konsequenterweise wird auch die Methodenfrage aus der Perspektive des Privatrechts diskutiert. Genau diesen Umstand macht Ernst Neukamp zum Ausgangspunkt seiner Kritik: Er wendet ein, dass die Interessenabwägung bzw. die Annahme des Freirechts nur für das Privatrecht gelten könne und in den steuerungsrechtlichen Gebieten des Rechts, nämlich Strafrecht und Öffentliches Recht, zu Auswüchsen führen würde. Da es aber keinesfalls je nach Rechtsgebiet verschiedene Methoden geben dürfe, liege darin der Beweis, dass diese Ansätze zu verwerfen seien (vgl. Neukamp 1912: Sp. 47).

522 Ehrlich bezeichnet dies auch als eine „dynamische“ Rechtsauffassung, „für die es nicht bloß darauf ankommt, was ein Rechtssatz bedeutet, sondern wie er lebt“ (Ehrlich 1967d [1903]: 197; s.a. Kantorowicz 1906: 12; Sinzheimer 1976a [1928]: 48). Zum Dynamikbegriff in der Rechtswissenschaft – insbesondere mit Blick auf seine Verwendung nach 1933 – vgl. Keppeler 2013.

(und mit impliziter Ablehnung der Anerkennungstheorie) gilt jedoch – so Heck –,

daß die Rechtssätze nicht hervorgehen aus Vorstellungen, die sich in dem Gemeinbewußtsein hinsichtlich der juristischen Struktur von Rechtsgebilden entwickelt haben, sondern daß sie hervorgehen aus der Entscheidung angeschauter Interessenkonflikte, entschieden nach dem Werte, den die Rechtsgemeinschaft den beteiligten Interessen beilegt (Heck 1905: Sp. 1140f.).

Rechtssätze seien nicht gewachsen, sondern beruhten auf Entscheidungen. Sie seien Gebotsvorschriften, die angesichts sich widerstreitender Interessen Wertungen vollziehen: „Die Gesetze sind die Resultanten der in jeder Rechtsgemeinschaft einander gegenüber tretenden und um Anerkennung ringenden Interessen materieller, nationaler, religiöser und ethischer Richtung. In dieser Erkenntnis besteht der Kern der Interessenjurisprudenz.“ (Heck 1914: 17; s.a. Kallfass 1972: 11ff. m.w.N.)

Angesichts einer solchen „Konfliktstheorie“ (Heck 1933: 13), in der das „Leben“ keine homogene Sozialsphäre, sondern „nur eine zusammenfassende Bezeichnung für eine unendliche Mannigfaltigkeit“ (Heck 1932a: 38) darstelle und durch eine Vielzahl unterschiedlicher Interessenlagen gekennzeichnet sei,⁵²³ wird die gesellschaftliche Funktion des Rechts in der Regelung konfligierender Interessen gesehen (vgl. Stampe 1905a: Sp. 715; Müller-Erzbach 1906: Sp. 1235, 1974 [1913]: 55; aber auch Fuchs, Gmelin und Wüstendörfer, s.u. § 5.III.1).⁵²⁴ Dabei schütze das Recht nicht nur individuelle Privatinteressen, sondern ebenso die umfassende Sozialsphäre:

523 S. Rundstein verwendet dieses Argument gegen die Freirechtsschule, da das freie Recht nur dann einen Maßstab für die Rechtsanwendung bieten könne, wenn es ein einheitliches sei, was als Basis allerdings ein einheitliches Rechtsbewusstsein voraussetze. Diese Vorstellung sei aber angesichts der Tatsache der Ausdifferenzierung des Rechtsbewusstseins, das sich in den zahlreichen Interessenkämpfen zeige, nicht vertretbar (Rundstein 1910).

524 Autoren wie Fuchs und Gmelin werden oft dem Freirecht zugerechnet, bei Wüstendörfer scheiden sich die Geister, und alle drei gehen mehr oder minder auf Distanz zum Freirecht (vgl. etwa Wüstendörfer 1916b: 455; Gmelin 1910a: 38f.; Fuchs 1909a: 129, 1918: 21; wobei Fuchs sich dieser Richtung auch gelegentlich selbst zuordnet, vgl. Fuchs 1910c). Da ich hier die jeweilige Konzeption des Rechts der Gesellschaft und den daraus folgenden Rechtsbegriff als Ausgangspunkt der Einteilung der Autoren wähle, erscheinen alle drei im Bunde mit der Interessenjurisprudenz (s.u.). Aber auch Kritiker sowohl der Freirechtsbewegung als auch der Interessenjurisprudenz berufen sich auf die Ordnungsfunktion des Rechts (vgl. Neukamp 1912: Sp. 49).

„Die Rechtsnormen schützen die Interessen der menschlichen Gemeinschaft und sichern dadurch ihre Lebensbedingungen.“ (Heck 1974 [1929]: 90) Dementsprechend stelle sich „die Rechtsordnung“ als „eine Ordnung sozialer Verhältnisse“ dar (Stampe 1905a: Sp. 717), und „[p]ositives Recht“ sei „die in einer menschlichen Gemeinschaft durch Zwangsgebote verwirklichte Ordnung des Zusammenlebens“ (Rümelin 1924b: 149).⁵²⁵ Es sei also ein Friedens- und Ordnungsinteresse als Normierungsgrund bei allen Rechtsgeboten vorhanden (vgl. etwa Rümelin 1924a: 2ff., 1925: 30ff.; Heck 1932a: 39).

Egal, ob man auf den Ort der Rechtsentstehung oder auf die gesellschaftliche Funktion des Rechts verweist, das Ziel ist immer, in der Gesetzesanwendung das Problem des mangelnden Lebensbezugs des Rechts gerade auf wissenschaftliche Art und Weise zu überwinden. Dabei gerät die Gesellschaft entweder als Produktionsort des Rechts oder als Funktionszusammenhang bzw. als Telos des Rechts in den Blick. Gesucht wird nicht nach der Gesellschaft im Recht, sondern nach dem Recht der Gesellschaft: auf der einen Seite primär als gesellschaftliches Recht, das dem Gesetz gegenüber steht, und das es zu finden gelte; und auf der anderen Seite primär als ein Recht, das gesellschaftliche Funktionen erfüllt, denen es in der Rechtsanwendung gerecht zu werden habe. Das epistemische Objekt ‚Gesellschaft‘ nimmt insofern eine entscheidende Rolle für die Rechtswissenschaft ein, als das Recht in beiden Versionen nun als gesellschaftliches Phänomen erscheint, das als solches erkannt werden muss.

III. Epistemische Folgen I: Der Streit um die richtige juristische Methode

Durch die Ablehnung des Dogmas der Lückenlosigkeit rückt die methodische Frage, wie die Lücken im Rahmen der Auslegung und der Anwendung von Gesetzen gefüllt werden müssen, in den Vordergrund. Die Diskussionsbeiträge erfolgen jedoch größtenteils als Kritik, die ihren Ausdruck v.a. in den Polemiken gegen die Begriffsjurisprudenz, aber auch gegen andere Fraktionen im Methodenstreit findet und oft nur sehr vage methodische Vorgaben enthält. So verweist etwa die Kluft zwischen kodifiziertem Rechtssätzen und „lebendem“, „gelebtem“ oder „freiem“ Recht

525 Ehrlich wendet sich gegen die auch von Rümelin vertretene Theorie, die wie Jhering Recht auf Zwang begründet (Zwangstheorie): „Ich bestreite nur, daß die vom Staate ausgehende Norm, der von den Gerichten oder andern Behörden gehandhabte Rechtszwang, ein wesentliches Merkmal des Rechts bilden“ (Ehrlich 1907: 8).

etc. auf die Lücken im Gesetzesrecht. Damit ist aber noch nicht beantwortet, wie diese zu füllen seien. Wenn etwa Ehrlich und Kantorowicz in ihren frühen Arbeiten dabei auf die „Persönlichkeit des Richters“ abstellen (vgl. Ehrlich 1967d [1903]: 188; Kantorowicz 1906: 41, 47), um deren herausragende Rolle in der Rechtsfindung zu explizieren, so benennen sie dadurch eher das Problem der Lücken nicht nur im Recht, sondern auch in den methodischen Vorgaben einer vorgeblich rein logischen Rechtsfindung, statt selbst eine Methode für die Lösung dieses Problems zu entwickeln (bzgl. Kantorowicz vgl. Auer 2015: 784ff.).

Positive juristische Methodenlehren im engeren Sinne entwerfen v.a. diejenigen Autoren, die auf die gesellschaftliche Ordnungsfunktion des Rechts abstellen und das Recht als Entscheidung einer Interessenkollision bestimmen. Dabei werden zwei gänzlich unterschiedliche Wege beschritten: Auf der einen Seite wird ein Rekurs auf die Soziologie gefordert, indem explizit juristisch zu definierende „soziologischen Methoden“ ins Feld geführt werden; auf der anderen Seite wird eine Teleologisierung des Rechts und der Rechtsanwendung vorgenommen, die auf das Wertungsmoment in der Interessenabwägung abstellt. Zwischen diesen beiden Polen divergieren die Positionen in der genuin um die juristische Methode geführten Debatte.

1. „Soziologische Methoden“ der Rechtswissenschaft

Prominenter Stichwortgeber für eine explizite Verbindung von Soziologie und Rechtswissenschaft auf der Ebene der genuin rechtlichen Methodenlehre ist der wortgewandte und in seinen Schriften stark polemisierende Rechtsanwalt Ernst Fuchs. Er ist der große Fürsprecher einer „soziologischen Rechtswissenschaft“ (Fuchs 1976 [1910]), die im Rahmen der Rechtsfindungsproblematik für eine juristisch definierte „soziologische Methode“ plädiert.

1.1 Soziologische Kausalwissenschaft als Gerechtigkeitswissenschaft: Ernst Fuchs

Der Befund der Lückenhaftigkeit des Gesetzes (etwa Fuchs 1907a: 181, 184; 1920: 9; 1923/24: 102) wirft nach Fuchs angesichts der „völligen Umwälzung des gesamten sozialen und Wirtschaftslebens“ im 19. Jahrhundert (Fuchs 1907a: 181f.) mit absoluter Dringlichkeit die methodische Frage auf, wie sich das Recht bei gesetzlich nicht geregelten Streitfällen finden

lasse. Dass er die lebensfremde Begriffsjurisprudenz hierfür für nicht geeignet hält, ist seinen zahlreichen Polemiken gegen die Pandektologie zu entnehmen (vgl. v.a. Fuchs 1907b, 1909a, 1912).⁵²⁶ Dabei zielt sein Vorwurf auf die konstruktionsjuristische Verleugnung von Werturteilen als eigentliche Entscheidungsgründe, denen der falsche Schein der Objektivität gegeben werde (vgl. Fuchs 1920: 7). Diese nicht zu vermeidenden ‚unlogischen‘ Bestandteile eines jeden Urteils möchte Fuchs auf eine realistische Grundlage stellen. Daher gelte es, an Stelle der „historisch-philologisch und konstruktiv-deduktiv“ arbeitenden Rechtswissenschaft „modern-naturwissenschaftlich und erfahrungsgemäß-induktiv“ zu werden (Fuchs 1907a: 182). Fuchs entwirft dafür „die wahre psychologisch-soziologische Rechtswissenschaft, die man kurz die soziologische nennen kann, weil die juristische Psychologie im Sinne Comtes gleichfalls zur Soziologie gehört“ (Fuchs 1976 [1910]: 188).⁵²⁷

Diese Hinwendung zum Leben mittels der soziologischen Methode liegt bei Fuchs im Rechtsbegriff begründet: Das Recht sei „etwas Lebendiges, also sich von selbst Bewegendes und sich Umbildendes“ (Fuchs 1907a: 186). Diese Lebendigkeit des Rechts zeige sich in seinem beständigen Wandel, es müsse „sich fortgesetzt und vollständig den fortschreitenden Bedürfnissen des sozialen Lebens anpassen“ (ebd.).⁵²⁸ Die treibende Kraft liege damit außerhalb des Rechts, nicht im Rechtssystem. Und die „Angleichung“ an dieses soziale Leben erfolge über die „schöpferische Rechtsauslegung“ (ebd.). Sie sei das spezifische „Instrument“ der Rechtswissenschaft, mittels dessen das Recht seine „Mission“ erfüllen könne, „sich den allmählich durchringenden Fortschritten des sozialen und wirtschaftlichen Lebens zu öffnen und sie mitgestalten zu helfen“ (ebd.). Das allein entspreche den „gesellschaftlichen Zwecken“, die jedem Gesetz immanent seien (Fuchs 1923/24: 101). Wenn also im Gesetz keine Regelung für den Streit-

526 Dass das Problem der Konstruktionsjurisprudenz, wie Fuchs annimmt, im „schauderhaften Abrakadabra“ des *corpus juris* gründe (Fuchs 1909a: 265), bestreiten sogar die Anhänger der soziologischen Rechtsanwendung (vgl. Gmelin 1910b: 2; Kiß 1913).

527 Darin sieht er das grundlegend Neue, denn: „Die soziologische Rechtswissenschaft besteht noch nicht, namentlich nicht auf unseren Hochschulen. Gerade diese Erkenntnis dieses *scio nescire*, ist der Ausgangspunkt der neuen Lehre.“ (Fuchs 1912: 63).

528 Dies erfolge im beständigen Kampf, so „daß das Recht seiner organischen, lebendigen Natur nach Kampf sei“ (Fuchs 1909b: 2). Auch an anderen Stellen wird deutlich, dass Fuchs einen organischen Begriff nicht nur des Rechts, sondern auch der Gesellschaft vertritt (Fuchs 1907a: 181), jedoch dabei die Interessenkonflikte und Kämpfe betont.

fall erkennbar sei, dann müsse der Richter „selbst die sozialen Elemente [...] erforschen, aus denen er eine Regel bilden will“ (Fuchs 1907a: 185). Den „Hauptgegenstand“ der modernen Jurisprudenz bilde daher nicht das Rechtssystem, sondern „die Menschen und die Verkehrsbedürfnisse“ (Fuchs 1910b: Sp. 285). Für Fuchs gilt: Der Jurist muss in noch nicht geregelten Fällen „soziologisch“ vorgehen.

Fuchs betont dabei immer wieder, dass das Wort „soziologisch“ für ihn den Gegensatz zur Begriffsjurisprudenz markiere (Fuchs 1910a: 54). Es sei ein Gegenbegriff, der im „weitesten Sinne gebraucht [wird], so daß er auch alle wirtschaftlichen, sozialen und ethischen Gesichtspunkte umfaßt“ (ebd.). Das ist mit einer Abgrenzung zur Fachdisziplin der Soziologie verbunden: „Das Wort soziologisch ist deshalb nicht im Sinne der erst im Entstehen begriffenen Wissenschaft der Soziologie im engeren Sinne zu verstehen.“ (Ebd.; s.a. Fuchs 1976 [1910]: 188) Dementsprechend sind Fuchs' Anlehnungen an explizit soziologische Untersuchungen und Theorien marginal – außer August Comtes Klassifikation der Wissenschaften mit der Soziologie als Königsdisziplin bilden sie keinen nötigen Bezugspunkt für seine „soziologische Rechtskunde“ (vgl. Fuchs 1976 [1910]: 188; s.a. 1910c: Sp. 303).

Auch wenn damit der Charakter einer solchen Soziologie vage bleibt, dienen Fuchs als Vorbild die Fortschritte in den Naturwissenschaften und in der Heilkunde, in denen „längst die Induktion die Deduktion verdrängt, d.h. sie aus Begriffswissenschaften zu Beobachtungs- und Erfahrungswissenschaften gemacht hat“ (Fuchs 1907a: 182; s.a. 1910b: Sp. 283) Die „wahre moderne Wissenschaft“ und damit letztlich die einzig mögliche Wissenschaft sei „eine lebens- und sachkundige Beobachtungswissenschaft“ (Fuchs 1976 [1910]: 189), die zur Ermittlung der Tatsachen induktiv verfähre: „Bei der induktiven Methode versenke ich mich tief in Menschen und Dinge und schöpfe aus ihnen heraus ihr Recht.“ (Fuchs 1910b: Sp. 285) Fuchs zielt mit seiner Hinwendung zur Soziologie darauf ab, für die Rechtswissenschaft eine „lebenswahre reale Methode“ zu entwickeln (Fuchs 1907a: 186). Aufgrund dieser Verbindung der Soziologie mit den Naturwissenschaften aber gilt zugleich, dass die soziologische Rechtswissenschaft als Teil der Soziologie i.w.S. eine „juristische Naturwissenschaft“ sei (Fuchs 1910c: Sp. 307).

Die soziologische Rechtswissenschaft suche letztlich „den Urgrund aller Gerechtigkeit und das Allgemeininteresse zu erreichen; ohne das gibt es kein Recht, das dieses Namens würdig wäre“ (Fuchs 1907a: 186). Fuchs verbindet also die naturwissenschaftlich ermittelten Tatsachen mit den Gerechtigkeitsurteilen: Die „soziologischen“ bestimmten Tatsachen dienen im Urteil als Grundlage der Rechtsfindung. Fuchs nennt sie später in An-

lehnung an Nußbaum auch „Rechtstatsachen“, welche „die allgemeinen, tatsächlichen, sittlichen, wirtschaftlichen, kurz gesellschaftskundlichen (,soziologischen‘) Verhältnisse [bezeichnen], deren Kenntnis für ein volles Verständnis der Rechtssätze selbst und für die richtige Eingliederung des Einzelfalls erforderlich ist“ (Fuchs 1920: 6). Insofern sei die „Soziologie im weitesten Sinne einschließlich der Nationalökonomie“ die „Grund-“ (Fuchs 1907a: 187) bzw. eigentlich die „Hauptwissenschaft“ (Fuchs 1910c: Sp. 352) der Jurisprudenz.

Zugleich bilden diese Tatsachen den Maßstab für das richterliche Urteil, das ja trotz allem ein Werturteil im Einzelfall darstellt. Denn man könne „Menschen und Dinge richtig nur aus ihrer eigenen Denkweise, aus ihrer eigenen Welt heraus beurteilen“ (Fuchs 1910b: Sp. 286). Das richterliche Urteil in der „Interessenwägung“ (Fuchs 1907a: 186; 1910c: Sp. 304, 345ff.) beruhe insofern auf der Kenntnis der realen Verhältnisse und der an realen Wirkungen gemessenen Gerechtigkeitserwägung:

Nach der soziologischen Rechtslehre werden die Streitfragen über die Auslegung oder Ergänzung der Gesetze grundsätzlich und in erster Linie offen nach den Verkehrsbedürfnissen entschieden, also nach den praktischen Ergebnissen, indem die einander gegenüberstehenden realen Interessen mit Sachkunde und ethischem Rechtsempfinden gegeneinander abgewogen werden. (Fuchs 1910a: 54)

Tatsachenerkenntnis und Gerechtigkeitsurteil setzt Fuchs in der soziologischen Methode letztlich in eins, umfasse diese doch

die Erforschung und Gestaltung der Verkehrssitte, die Feststellung des Verkehrsbedürfnisses, also vor allem die Beantwortung der Frage, welche Seite bei der zwischen den Parteien streitigen rechtlichen Kontroverse Billigkeit und Gerechtigkeit für sich habe und warum (Fuchs 1910c: Sp. 345).⁵²⁹

Daher sei die soziologische Rechtslehre nach Fuchs eine „Gerechtigkeitswissenschaft“. Sie bezeichne „den Theil der Rechtswissenschaft i.w.S. (also einschließlich der Wahrheitsfindung)⁵³⁰, der nicht durch drei ändernde Worte des Gesetzgebers Makulatur werden kann, sondern Ewigkeitswert hat, also ihren Kern bilden muß“ (Fuchs 1920: 8). Auch hier dient die Naturwissenschaft als Vorbild, bestehe doch Wissenschaft darin, „die Erschei-

529 Fuchs bezeichnet dieses Vorgehen daher auch als „soziologisch-ethisch“ (Fuchs 1909b: 2).

530 Damit meint Fuchs die Tatbestandsermittlung im Prozess.

nungen – hier das Rechtsleben – planmäßig zu beobachten, sie zu ordnen und unter Gesetze (im wissenschaftlichen Sinn) zu bringen, wie in der Naturwissenschaft“ (ebd.). Daher ziele eine „wahre Privatrechtswissenschaft“ auf die „Erforschung der Entstehungsursachen, die Vorbeugung und die Heilung der echten Rechtsstreitigkeiten“ (ebd.). Hier gilt es, letztlich nach kausalwissenschaftlicher Manier, aus dem Faktischen zu allgemeingültigen normativen, und d.h. für Fuchs dann gerechten Aussagen vorzudringen.⁵³¹ In diesem Sinne sei die soziologische Rechtslehre letztlich beides: „Sach- und Wertwissenschaft“ (Fuchs 1912: 8).

Fuchs fordert eine genuin „soziologische Methode“, mit der eine an den Naturwissenschaften orientierte Soziologie aufgrund der Bestimmung der gesellschaftlichen Kontextfaktoren des Rechts (Ursache des Rechtssatzes sowie gesellschaftliche Wirkung des Urteils) sowohl die jeweils tatsächliche Bedeutung des Rechtssatzes als auch das je spezifisch tatsächlich Gerechte zu ermitteln vermag. Die Soziologie als ‚Hauptwissenschaft‘ der Jurisprudenz wird zur Leitdisziplin, gerade weil sie nach Fuchs in der Lage ist, der Sach- und der Wertebene im Urteil eine wissenschaftliche Fundierung zu geben. Da dies die dogmatische Konstruktionsjurisprudenz nicht leisten könne, müsse die soziologische Rechtswissenschaft an ihre Stelle treten. In diesem Sinne tritt Fuchs für eine Soziologisierung der Rechtswissenschaft ein. Der Jurist muss in seinen Augen selbst soziologische Tatsachenforschung betreiben, um ein wissenschaftlich fundiertes Gerechtigkeitsurteil sprechen zu können.

1.2 Wertungsgrundlage und Kulturwerte: Die soziologische Verankerung des juristischen Urteils (Gmelin, Wüstendörfer)

Die Forderung einer explizit juristisch zu verortenden „soziologischen Methode“ stößt auf heftige Kritik – im Übrigen auch seitens vieler Freirechtler. Sie bleibt aber nicht ohne Wirkung. Insbesondere der Oberlandesgerichtsrat Johann Georg Gmelin und der Privatrechtswissenschaftler Hans Wüstendörfer versuchen im Gegensatz zu den v.a. kritisch-polemisch Einlassungen von Fuchs, eine „positive Methode soziologischer Rechtsfin-

531 Allerdings warnt Fuchs davor, dadurch den Kontakt zur Lebenspraxis zu verlieren, denn dann würde die neue Methode zur „Soziologistik“, d.h. erneut zu einer Form des Dogmatismus (Fuchs 1910c: Sp. 389).

„gerechtere, lebenswahre, volkstümlichere *Rechtsprechung*“ (Gmelin 1910a: 82, H.i.O.) verwirklicht bzw. die „unbilligen, ja lebensfeindlichen Ergebnisse“ der Konstruktionsjurisprudenz vermieden werden (Wüstendörfer 1916a: 292).

Sowohl Wüstendörfer als auch Gmelin gehen davon aus, dass bei Lücken im Gesetz unausweichlich das nicht rein logisch operierende Rechtsgefühl zum Einsatz komme (Gmelin 1910a: 75; Wüstendörfer 1913: 248). Denn das Gesetz sei immer eine „Entscheidung von Interessenkonflikten, eine Interessenregulierung“ (Wüstendörfer 1913: 250; vgl. auch Gmelin 1910a: 34).⁵³² Daher stelle die Rechtsanwendung ebenfalls eine Interessenabwägung dar. In zweifelhaften Auslegungsfragen bleibe als Maßstab dann letztlich immer nur ein Werturteil bzw. ein richterlicher Willensakt (vgl. Wüstendörfer 1916a: 311; 1916b: 427, 429).⁵³⁴ Um „kryptosozilogische“ Scheinlogik und Willkürlichkeit des Urteils zu vermeiden (vgl. Gmelin 1910a: 38; Wüstendörfer 1913: 242ff.), sei das Rechtsgefühl bzw. Werturteil (so weit wie möglich) wissenschaftlich zu fundieren – oder wie Gmelin schreibt: Es sei zu ergründen, ob für das „Rechtsgefühl in gewissen ‚Realien‘ ein fester Boden gefunden werden kann“ (Gmelin 1910a: 75).⁵³⁵ Zu

532 Denn Gmelin hebt deutlich hervor, dass hierfür „die volle Arbeit noch nicht getan“ sei (Gmelin 1910a: 40). Anders als Wüstendörfer schließt Gmelin direkt an Fuchs an. Wüstendörfer wiederum setzt sich in seinen beiden Abhandlungen zur soziologischen Rechtsfindung (Wüstendörfer 1913, 1916a) deutlich systematischer als Gmelin mit den methodischen Fragen auseinander.

533 Oder wie Gmelin schreibt: Der „tatsächliche Rechtstoff“ habe „stets den Streit um rechtliche geschützte [...] Interessen, um ‚Lebensgüter‘, zum Kern“ (Gmelin 1910a: 34).

534 Nach Wüstendörfer erkennt die Begriffsjurisprudenz aber nicht nur die wertenden Aspekte im Urteil, sondern ebenso die des Rechtssatzes: Als gesetzliches Gebot normiere er nicht nur einen Tatbestand, sondern verfolge immer auch einen „gesellschaftlichen“ respektive „sozialen Zweck“ (Wüstendörfer 1916a: 313; 1913: 250). Im normativen Charakter des Rechts, seinem Zweck, liege die Grenze der systematisch-logischen Arbeit begründet: Das „normativ Richtige [wird] als ein logisch Wahres behandelt, die Normsetzung, die ein Akt des Wertens und der Willensentscheidung ist, so aufgefasst, als wäre sie eine geschichtliche Wahrheitsermittlung, ein Akt des Erkennens und des Schließens. Durfte sich doch so auch die Rechtsdogmatik in der Illusion wiegen, Wissenschaft, reine Wissenschaft zu treiben“ (Wüstendörfer 1916a: 177).

535 Fuchs hatte die immer wieder anzutreffende Verschleierung soziologischer Überlegungen in der Rechtsfindung als logische Schlussfolgerung aus dem Gesetz (etwa über die Anwendung der Klausel „nach Treu und Glaube“) abwertend als „kryptosozilogische[n] Konstruktionismus“ bezeichnet (z.B. Fuchs 1909a: 255).

diesem Zweck beziehen sich Gmelin und Wüstendörfer auf die Soziologie, die einer solchen wissenschaftlichen Klärung des Rechtsgefühls dienen soll (vgl. Wüstendörfer 1913: 232, 249; Gmelin 1910b: 6).

Was jedoch beide unter Soziologie verstehen, unterscheidet sich. Gmelin folgt Fuchs, wenn er davon ausgeht, dass die Soziologie die allgemeinen Gesetze des menschlichen Zusammenlebens erkunde: Sie sei eine „staatswissenschaftliche Lehre, die es versucht, die Gesetzmäßigkeit des Lebens und der gegenseitigen Beziehungen der sozialen Gruppen zu erforschen“ (Gmelin 1910a: 35). Insofern kann sie auch objektive Kriterien für die Rechtsfindung und Rechtsanwendung liefern. Wenn dabei nach Gmelin im Rahmen der Rechtsfindung die soziologische Methode den „Primat der Begriffe durch denjenigen der realen Interessenabwägung“ (ebd.) ersetzt, so komme man zum einen mittels der soziologischen Forschung dem Verständnis des jeweiligen Interessenkampfes sachlich näher; zum anderen gelte es, „ihn zu schlichten durch Abwägung dieser Interessen vom Standpunkt des über dem Ganzen stehenden unparteiischen Beurteilers, der das Einzelwohl wie das Gesamtwohl im Auge hält“ (ebd.: 34). Insofern berge die soziologische Methode „höchste ethische Werte in sich“ (ebd.: 82). Die soziologische Forschung stelle daher sowohl die Tatsachengrundlage als auch die Wertungsgrundlage auf ein sicheres wissenschaftliches Fundament:

Das vernünftige Endergebnis ist aber dasjenige, welches den Grundsätzen von Treu und Glauben im Rechtsverkehr und den Bedürfnissen des Lebens entspricht und bei Abwägung der widerstrebenden Interessen dem besser begründeten, schützwürdigeren Interesse zum Sieg verhilft („soziologische Methode“). (Gmelin 1910b: 4)

Dieses Fundament erweist sich für Gmelin als sicher, da auch die Wertungsgrundlagen sich aus den objektiven Gesetzmäßigkeiten des Lebens herleiten lassen.

Wüstendörfer geht demgegenüber ganz anders vor: Wesen, Gegenstand und Methode der Soziologie sind für ihn noch nicht eindeutig festgelegt. Daher möchte er sie als ein „heuristisches Prinzip“ verstanden wissen, das eine spezifische Perspektive und Methode für Einzelwissenschaften wie die Rechtswissenschaft bedinge (Wüstendörfer 1916b: 431f.; 1915: 401).⁵³⁶ Während gesellschaftliche Einzelwissenschaften wie Religions-, Wirt-

536 Um dies zu belegen, bezieht er sich jedoch im Jahr 1916 nicht auf die bereits existierenden soziologischen Versuche der Wesensbestimmung der Soziologie (allenfalls auf Otmar Spann), und das, obgleich ihm die Diskussionen um die

schafts- oder eben Rechtswissenschaft verschiedene funktionelle Seiten des Ganzen gesondert in den Blick nähmen, richte die Soziologie den Blick auf die Wechselbeziehungen zwischen diesen verschiedenen Seiten. Dadurch bekomme sie das verbindende geistige Element in diesem „In- und Durcheinandergreifen dieser verwickelten Wechselbeziehungen“ in den Blick (Wüstendörfer 1916b: 432). Dieses Verbindende bestehe in Kulturwerten, d.h. in Wertideen, denen historisch-spezifisch eine leitende Kulturbedeutung zukomme. Dementsprechend handele es sich bei der Soziologie um eine „nicht selber wertende, aber auf Kulturwerte sich beziehende ‚soziologische‘ Betrachtung“ – jedoch, wie er ausführt – „nicht als Sonderwissenschaft, sondern als Sondermethode im Rahmen der Einzelwissenschaften“ (ebd.). Die „soziologische Rechtsforschung“ nehme dementsprechend die Wechselbeziehungen zum Kontext des Rechts in den Blick: „Es sind die gesellschaftlichen Bedingtheiten als Ursachen und die gesellschaftlichen Leistungen als Wirkungen des Rechts die Tatsachen, die den Gegenstand soziologischer Rechtsbetrachtung ausmachen.“ (Ebd.)

Wüstendörfer plädiert zwar ebenfalls für eine empirische Herangehensweise, die die sozialen Tatsachen zu eruieren habe, fordert dies allerdings unter dem Vorbehalt des historisch-spezifischen Kulturwertebezugs der juristischen Wertung. Damit behauptet er nicht die Wissenschaftlichkeit des konkreten Wertens im richterlichen Urteil, das ist für ihn ein „Akt der richterlichen Kunst“ (ebd.: 429). Vielmehr will er herausarbeiten, auf welchen der Wissenschaft zugänglichen Fakten die Interessenwägung beruht. Da die drei Elemente des gesetzlichen Gebots an gesellschaftliche Tatsachen rückgebunden sind – der Tatbestand spiegele eine „typische gesellschaftliche Interessenlage“ wider, die Norm sei ihrem Wesen nach die „Schlichtung eines gesellschaftlichen Interessengegensatzes“ und der Zweck „eine gesellschaftliche Zweckvorstellung, die sich des Gebots als eines Mittels für die Erreichung ihres gesellschaftlichen Ziels bedient“ (ebd.: 313) – bietet ihm die soziologische Forschung eine das Urteil „vorbereitende Tatsachenforschung“ (ebd.: 433).

Aber auch das konkrete richterliche Urteil erweise sich letztlich als gesellschaftlich gebunden. Denn die Rechtsprechung könne ihr Ziel, das wie

Soziologie etwa durch seine Teilnahme und Besprechung der ersten beiden Soziologentage bekannt sind (vgl. Wüstendörfer 1915). Im Jahr 1913 schreibt er, dass er den Begriff ‚soziologisch‘ als einen *terminus technicus* verwenden möchte, der gegenüber dem an sich ebenfalls passenden Ausdruck ‚teleologisch‘ den Vorteil habe, über die Richtung der Zielstrebigkeit und der dafür aufgebrauchten Mittel Auskunft zu geben (Wüstendörfer 1913: 248 Fn. 46). Insofern kennzeichnet seinen Soziologiebegriff ein intrinsischer Bezug zur Wertung.

bei Fuchs in der Anpassung an die gesellschaftlichen Veränderungen liegt (vgl. Wüstendörfer 1916a: 309), nur durch den Bezug auf die gegenwärtigen gesellschaftlichen Verhältnisse erreichen. Daher fordert Wüstendörfer: „Die Rechtsfindung des Richters aus dem Gesetz muss erstens gesellschaftlich orientiert sein und zweitens auf die Ordnung der Gegenwart abgestellt.“ (Ebd.: 310) Sie leiste dies, wenn sie die „heutigen Interessenlagen und die ihnen adäquaten Werturteile zur Grundlage der Rechtsfindung“ mache (1916b: 442f.), d.h. wenn sie den „Gegenwartzweck“ der Norm (ebd.: 428) richtig erkenne. Das bedeutet, dass der Richter nicht nach subjektivem Empfinden werten soll, sondern sich an dem „deutlich erkennbar gewordenen allgemeine[n] Werturteil der führenden Kulturschicht des Volkes“ (Wüstendörfer 1913: 348), d.h. den letztlich gesamtgesellschaftlich verankerten „Kultururteilen“ zu orientieren habe (vgl. Wüstendörfer 1916b: 446ff.). Diese Wertbeziehung im richterlichen Urteil auf die gegenwärtigen tatsächlich vorherrschenden und soziologisch zu ermittelnden Werte garantiert für Wüstendörfer die Objektivität des richterlichen Urteils – auch im Falle der Lückenausfüllung oder der gesetzesändernden Auslegung. Und in dieser Wertbeziehung liegt die Rückbindung des richterlichen Urteils an die empirischen Tatsachen.

Die Methode zielt also darauf ab, Verfahrensvorgaben zu entwickeln, die es ohne inhaltliche Wertvorgaben ermöglichen, im konkreten Einzelfall das Recht zu finden, das in tatsächlicher wie normativer Hinsicht den gegenwärtigen gesellschaftlichen Verhältnissen gerecht wird – v.a. auch angesichts deren beständigen und gegenwärtig beschleunigten Wandels (vgl. 1916a: 307). Auch wenn sich dafür Wüstendörfer nicht an den Naturwissenschaften, sondern an der neukantianischen Wertbeziehungslehre orientiert, führt dies bei ihm zu einer Verbindung von Sein und Sollen:

Alle diese für die Interessenwägung vorbereitende Forschungstätigkeit – Interessenforschung, Zweckforschung, Wirkungsforschung und Rechtswirklichkeitsforschung – ist nun wissenschaftlich im Sinne empirischer, wertbeziehender Tatsachenerkenntnis, und zwar ist sie „soziologisch“: Wertbeziehende Seins-Wissenschaft und wertende Normwissenschaft treffen hier zusammen. (Wüstendörfer 1916b: 431)

Die Trennung von Sein und Sollen, jenes neukantianische Paradigma, mündet bei Wüstendörfer letztlich in eine Synthese. Genau hierin sieht er das Wesen und v.a. den Mehrwert der soziologischen Methode in den Rechtswissenschaften, vermag er dadurch doch das rechtliche Urteil in der Gesetzesanwendung auf eine wissenschaftliche Grundlage zu stellen.

Fuchs, Gmelin und Wüstendörfer rücken in ihren Entwürfen soziologischer Methoden der Rechtswissenschaft den Kontext des Rechts in den

Vordergrund. Wenn das Recht als eine Entscheidung von Interessenkonflikten anzusehen ist, so werden diese Interessen sowie ihre Gewichtung als gegenwärtiges soziales Phänomen verstanden. Als solche sind sie der wissenschaftlichen Untersuchung, und d.h. der soziologischen Analyse, zugänglich und wirken auf die juristische Methodenlehre zurück – auch wenn unter dem Begriff „soziologisch“ sehr differente Vorgehensweisen verstanden werden. Dadurch versuchen die Autoren, das unumgängliche Problem des Wertens im Urteil auf eine wissenschaftliche Grundlage zu stellen. Das dient dazu, den Lebensbezug des Rechts auf wissenschaftliche Art und Weise zu verwirklichen, indem ein solches Vorgehen zur Anpassung des Gesetzes in seiner Anwendung an die Tatsachen des sich ständig im Wandel begriffenen gesellschaftlichen Kontext des Rechts führen soll.

2. Wertungen in den Interessenabwägungen

Ein ganz ähnliches Vorhaben verfolgen die Vertreter der Interessenjurisprudenz: Die Wissenschaft sei auf „den Boden der Wirklichkeit“ als reale, feste Forschungsgrundlage zu stellen (Müller-Erzbach 1908: 372); dazu gehöre „die Richtung des wissenschaftlichen Blicks auf die Bedürfnisse des Lebens selbst, denen ja die Rechtswissenschaft allein dienen will“ (Müller-Erzbach 1906: 1238). Wenn dabei die Interessenjurisprudenz – wie ihr Name schon zeigt – ebenfalls die Interessenabwägung und damit das Wertungs- und Willensmoment in jedem Rechtssatz in den Vordergrund rückt, dann entwirft sie jedoch keine soziologische, sondern eine teleologische Methode.

Ausgangspunkt ist ebenfalls der Rechtsbegriff: Rechtssätze seien Konfliktregelungen kollidierender Interessen, d.h. sie sind Gebotsvorschriften, die bzgl. sich widerstreitender Interessen Wertungen vollziehen (vgl. Kallfass 1972: 11ff. m.N.). Dabei werden die widerstreitenden Interessen als kausal für die Rechtsbildung (Wertung) angesehen. Der Begriff des Interesses, also das, was einem Konflikt in rechtlicher Hinsicht zugrunde liegen kann, wird sehr weit gefasst: Er bezeichnet sämtliche „Begehrendispositionen“, d.h. materielle ebenso wie ideell-normative Interessen, empirische „Lebensinteressen“ und Wertmaßstäbe (vgl. Auer 2008: 522 m.N. zu Heck; Stoll 1974 [1931]: 160 Fn. 13; Haßlinger 2014: 124ff. m.N. zu Rümelin),⁵³⁷

537 Nach Heck gehören zu den für die Rechtsentstehung kausalen „Interessen“ ausdrücklich auch normative Belange wie Gerechtigkeit, Billigkeit und Rechtssicherheit (s.a. Rümelin 1924a; Stoll 1974 [1931]: 160) sowie „rechtstechnische In-

und er bezieht sich nicht nur auf private, sondern ebenso auf „Gemeinschaftsinteressen“ (Heck 1914: 59).⁵³⁸ Letztere bilden schließlich nach Heck das eigentliche Telos des Rechtssatzes, der ja keinen Kompromiss darstelle, sondern ein auf Abwägung beruhendes Werturteil. Den Maßstab für diese Abwägung bilden auch auf dem Gebiet des Privatrechts die „Gesamtinteressen der Gemeinschaft“ (ebd.: 232 Fn. 357). Sie folgen der als maßgebend erkannten Wertidee (vgl. Schoppmeyer 2001: 95 m.w.N.), d.h. sie beruhen auf der Vorstellung einer zu erstrebenden Ordnung als „konkretes“ soziales Ideal (Heck 1932a: 41; ähnlich zuvor schon Rümelin 1920: 15f. m.N.; 1925: 57).⁵³⁹ Insofern werde „die Rechtsnorm aufgefaßt [...] als eine Abwägung von Interessen mit Rücksicht auf die von der Gemeinschaft verfolgten Zwecke“ (Heck in Simmel et al. 1911c: 317).⁵⁴⁰ Dabei rückt die normative Seite des Rechtssatzes in den Vordergrund: Recht ist für die Interessenjurisprudenz primär durch seinen Wertungsaspekt bestimmt.

Dieser Rechts- bzw. Gesetzesbegriff bestimmt die richterliche Rechtsanwendung, handele es sich doch um „Aktivgebote [...], die der Richter auszuführen hat“ (Heck 1914: 59). Grundlage bilde die Erkenntnis der von der Norm unterschiedenen Interessen, die Interessenlage. Sie sei die „reale Grundlage“ des Rechtsfindungsprozesses (vgl. Müller-Erzbach 1906). In einem ersten Schritt müsse man also die widerstreitenden Interessen her-

teressen“, d.h. „Praktikabilitäts-“, und „Darstellbarkeitsinteressen“, „legislative Interessen“, „Erfolgs-“, „Vollzugs-“ oder „Treffinteressen“ (vgl. Heck 1932a: 37, 40ff.; 1914: 59).

538 Dies zeigt sich zum einen an Hecks Unterscheidung verschiedener Formen der Interessenkollisionen, die (auch in Mischformen) dem Rechtssatz zugrunde liegen: Neben Konflikten, in denen private Interessen einander gegenüber treten, erkennt er innere Konflikte des Gesetzgebers, der zwischen verschiedenen Idealen zu wählen habe. Zudem gebe es Zwangs- bzw. „Sozialkonflikte“, in denen öffentliche und private Interessen im Widerstreit stünden (vgl. Heck 1932a: 39, Anm. 2; 45f.). Letztlich gibt es für Heck sogar ein Interesse der Menschheit (vgl. ebd.).

539 Nach Haßlinger wird der Interessenbegriff bei Rümelin ab 1918 zunehmend auf teleologische Erwägungen zurückgeführt und die Interessenabwägung durch eine „Interessenwertung“ ersetzt (Haßlinger 2014: 126ff.).

540 Dies zeigt, dass Heck den Interessenbegriff auf zwei Ebenen verwendet: Einmal zur Kennzeichnung der konfligierenden Bestrebungen als Ursache der gesetzlichen Regelung, zum anderen auf der Ebene des Bewertungsmaßstabes angesichts dieser Konfliktsituation. Was oft als Vagheit und Undifferenziertheit des Interessenbegriffes angekreidet wird, dient Heck jedoch dazu, eine differenzierende Analyse der unterschiedlichsten Lebensverhältnisse zu gewährleisten (vgl. Schoppmeyer 2001: 82; Heck 1932a: 46, 48).

ausarbeiten. Da sie sich auf empirische Tatsachen beziehen, seien sie ‚objektiv‘: „Wir müssen für die Zwecke der Rechtsanwendung die Tatsachen des sozialen Lebens in Form von Interessenlagen, Interessenkonflikten auf-fassen.“ (Heck in Simmel et al. 1911c: 317)

Dieser erste Schritt bildet die Voraussetzung für das „Verstehen“ der Norm, was für Heck gleichbedeutend ist mit der Ermittlung des vom Gesetzgeber gemeinten „subjektiven Sinns“ (Heck 1914: 23ff.).⁵⁴¹ Heck geht daher historisch vor, er plädiert (im Gegensatz zu und in Abgrenzung von Vertretern der Freirechtsbewegung) für die Notwendigkeit der historischen bzw. genetischen Interessenforschung (vgl. ebd.: 59ff.; Schoppmeyer 2001: 261ff.).⁵⁴² Denn keineswegs lasse sich die Interessenkollision sowie die gefällte Wertung umstandslos dem Wortlaut eines Rechtssatzes entnehmen (vgl. Heck 1914: 120ff.).⁵⁴³

Um die Gesetzesnorm zu verstehen, müsse der Richter also zu den die konkreten Interessenkonflikte regelnden Werturteilen und Wertideen vordringen. Er habe zu klären, welche Interessen das Gesetz vor Augen hatte, wie und aus welchem Grund es mittels des Gebots geregelt habe und wie sich die Norm auf die Interessen auswirken solle (Manegold 2012: 161). Die Interessenforschung richte sich allerdings nicht auf den „Zweck“ des Gesetzes (vgl. Heck 1912: 33f.; s.a. Rümelin 1922a: 63ff.; Stoll 1974 [1931]: 160 Fn. 13). Das reiche nicht aus, weil der als singular verstandene „Zweck“ fälschlicherweise nur das im Interessenkampf obsiegende Interesse widerspiegele und dabei vergessen mache, dass die konkrete Gestalt der

541 Seine Auslegungstheorie deklariert Heck als eine Form des Verstehens, die sich auf die Unterscheidung von subjektivem und objektivem Sinn gründet. Dafür bezieht er sich u.a. auf Max Webers frühe methodologische Arbeiten zu *Roscher* und zur *Kulturwissenschaftlichen Logik* (vgl. Heck 1914: 25f.). Dorndorf sieht darin eine eigenständige Adaption der Weber'schen Methodologie für die Rechtswissenschaft durch Heck, der auch mit der Wissenschaftslehre Rickerts vertraut war (Dorndorf 1995; zum Vergleich zwischen Weber und Heck siehe auch Petersen 2014: 51ff.).

542 Das schlägt sich nieder in einem Streit zwischen Verfechtern einer subjektiven und einer objektiven Theorie der Auslegung. Zielt erstere auf möglichst genaue Ermittlung und Umsetzung des historischen Gesetzgeberwillens, so versucht die objektive Theorie einen vom Gesetzgeber gelösten, zeitbedingten objektiv sinnvollen Gesetzessinns zu ermitteln. Für Heck besitzt allein die subjektive Theorie ein wissenschaftlich objektivierbares Erkenntnisziel: die Feststellung der im Gesetzgebungsverfahren maßgeblichen Intentionen als empirisch-historische Tatsachen (vgl. Auer 2008: 528).

543 Für Heck hat v.a. die Auslegung nach den Sprachregeln nur eine heuristische und keine normative Bedeutung (Heck 1914: 120f.).

Norm stets auf einer Interessenabwägung beruhe (vgl. Auer 2008: 524f.).⁵⁴⁴ So könne der Inhalt der Rechtsnorm nur „begriffen“ werden, wenn auch die unterlegenen Gegeninteressen erkannt seien (Heck 1932a: 46). Als Bezugspunkt diene daher immer die Konfliktlage selbst, in der auch die Gegeninteressen eine für das Verständnis der Norm gewichtige Rolle spielen.⁵⁴⁵ Nur ausgehend von der Interessenkollision könne der Richter die jeweils maßgeblichen Gründe für die erfolgte Bewertung aufdecken und herausarbeiten. Und nur so lasse sich das zugrunde liegende Werturteil erkennen und die Schutzwürdigkeit des einen Interesses gegenüber dem anderen erklären (vgl. Manegold 2012: 161).

Ausgehend von dieser „historisch-teleologischen Auslegung“ (Heck 1914: 8, H.i.O.) stellt sich die konkrete richterliche Fallentscheidung dann für Heck immer als eine doppelte dar: als „eine Abgrenzung einander gegenüberstehender Interessen“ sowie als „eine Abwägung dieser Interessen nach Werturteilen und Wertideen“ (Heck 1912: 32). Das richterliche Urteil ist Erkenntnis und Wertung. Die Wertung wurzelt dabei im Vergleich zwischen dem Interessenkonflikt im konkreten Streitfall mit demjenigen des in Frage kommenden gesetzlichen Tatbestandes. Decken sich die Interessenkonflikte von Sachverhalt und Norm, so erfolgt eine „Uebertragung des Werturteils“ (ebd.) durch einen Subsumtionsschluss (vgl. ebd.: 33). Da Heck aufgrund der Vielgestaltigkeit und Wandelbarkeit der Lebensan-

544 So schreibt Heck: „Der Zweck des Gesetzes zeigt nur das siegende Interesse. Aber der Inhalt der Rechtsnorm, der Grad der Zweckbefriedigung, ist von dem Gewichte der unterliegenden Interessen abhängig.“ (Heck 1933: 13) Er betont, dass das reine Zweckdenken zu ereignisbezogen und damit zu subjektiv konnotiert sei: „Das Wort Interesse bietet vor allen anderen den Vorzug, dass es die Elemente, auf die es uns ankommt, mit umfasst und in dieser Beziehung schon Bürgerrecht hat. Andere besser geeignete Ausdrücke bieten sich nicht. Bedürfnis, Bestrebung, Wert und Zweck betonen viel zu sehr das aktuelle Element. Namentlich können wir das Wort Zweck, ohne den Sprachgebrauch zu vergewaltigen und Missverständnisse zu wecken, nur für das bei einer Handlung vorgestellte Begehungsobjekt gebrauchen, nicht für die einzelnen bei der Ueberlegung einwirkenden Begehrungstendenzen.“ (Heck 1912: 30 f.).

545 Marietta Auer betont, dass ein „teleologisches Rechtsdenken dann, wenn es seine Grundlage im Konflikt der zugrundeliegenden Zwecke bzw. Interessen vergisst, letztlich auf halbem Wege stehen bleibt und sich von der Begriffsjurisprudenz eben nicht ganz verabschiedet, sondern vielmehr einem ähnlichen Fehler wie diese verfällt: nämlich die Rechtsfindung gerade nicht konsequent durch Rückbindung an die empirischen Bedürfnisse des konkreten Falles zu rationalisieren, sondern an deren Stelle wiederum ein halb-idealisiertes System, wenn auch nicht der Begriffe, so doch der Zwecke zu setzen“ (Auer 2008: 542). Genau dies habe Heck vermieden.

schauungen und -verhältnisse aber ebenfalls von der Lückenhaftigkeit des Gesetzes ausgeht, betrifft das eigentliche Methodenproblem die Rechtsgewinnung beim Vorliegen einer Lücke. Sie erfolge durch eine „wertende[] Gebotsbildung“ (Heck 1914: 161) – entweder im Rahmen einer Norm, die die Wertung an den Richter delegiert (z.B. die Leistung nach „Treu und Glaube“), oder aber, wenn die historische Interessenforschung ergibt, dass Lücken vorliegen. Auch in diesem Fall sei der Richter an die gesetzliche Wertung gebunden:

Der Richter soll dann, wenn kein gesetzlicher Tatbestand gegeben ist, sich zuerst denjenigen Interessenkonflikt veranschaulichen, der in dem Streitfalle vorliegt. Er hat dann zu prüfen, ob nicht derselbe Interessenkonflikt in der Form anderer Tatbestände durch das Gesetz entschieden ist. Im Falle der Bejahung hat er das gesetzliche Werturteil zu übertragen, die gleichen Interessenkonflikte gleich zu entscheiden. Das ist ein Verfahren, das als Gesetzesanalogie oder Rechtsanalogie von jeher geübt wurde, das aber durch die Interessenjurisprudenz die richtige Begründung und auch eine bestimmtere Abgrenzung, eine größere Sicherheit der Anwendung, erhält. (Heck 1933: 20)

Nur ganz subsidiär greife eine Eigenwertung des Richters ein (Heck 1912: 32; bzgl. Rümelin vgl. Haßlinger 2014: 160ff.).⁵⁴⁶

Die richterliche Rechtsentscheidung ist insofern bei Heck – und den anderen Vertretern der Interessenjurisprudenz – nicht auf die bloße Subsumtion unter den Gesetzeswortlaut beschränkt. Heck fordert darüber hinaus die Interpretation, Ergänzung und Korrektur mehrdeutiger, lücken- und fehlerhafter Gebote, um die Erkenntnis und Anpassung an das Leben zu gewährleisten (vgl. Auer 2008: 527). Denn das Recht diene letztlich immer „der Erhaltung oder Herbeiführung bestimmter sozialer Zustände“ (Stoll 1974 [1931]: 157). Dabei ist das richterliche Urteil immer Wertung: entweder Übertragung des Werturteils, wertende Gebotsbildung und in Ausnahmefällen richterliche Eigenwertung. Die Tätigkeit des Richters wird hier normativiert.

In dieser Wertung ist das richterliche Vorgehen aber nicht frei, sondern steht in der Interessenjurisprudenz unter dem Vorbehalt des „Willens des

546 Insofern erkennt auch Heck trotz seiner Polemik gegen die freie Rechtsfindung die Möglichkeit einer abweichenden Auslegung an, die jedoch mit der Gebotsvereitelung an ihre Grenze stoße und letztlich in der Verletzung der Autonomie der Rechtsgemeinschaft (der der Gesetzgeber durch das Gesetz Ausdruck verleiht) bestehe (vgl. Heck 1914: 201, 13).

Gesetzgebers“.⁵⁴⁷ Damit zielt sie auf eine möglichst weitgehende Verwirklichung des richterlichen Gehorsams gegenüber dem Gesetz (s. Auer 2008: 526; Schoppmeyer 2001: 102ff.; m.w.N.).⁵⁴⁸ Da das Gesetz jedoch immer lückenhaft und widersprüchlich sei, schulde der Richter nicht strikten, sondern vielmehr „denkende[n]“, „interessegemäße[n] Gehorsam“ (Heck 1932a: 106f., 1914: 22; bzgl. Rümelin vgl. Haßlinger 2014: 153ff.). Indem man diesen ‚denkenden Gehorsam‘ (Stoll 1974 [1931]: 166) gerade im Nachvollzug der Wertung sieht, handele es sich nicht um irgendeine ‚freie‘ oder willkürliche Form der Rechtsgewinnung (vgl. Auer 2008: 527).

In der Konsequenz führe die neue Richtung der Interessenjurisprudenz „dazu, dass der Richter Gesetzeslücken nach teleologischen Gesichtspunkten ergänzt“ (Heck 1912: 5). Daher wendet sie sich gegen die Beschränkung der Methode auf die logische Subsumtion: „Auch die Interessenjurisprudenz kennt eine Subsumtion, aber keine begrifflich logische, sondern eine interessenvergleichende teleologische.“ (Stoll 1974 [1931]: 162f.) Unzweifelhaft sei dem Recht in dieser Perspektive „eine normative Aufgabe gestellt“ (ebd.: 158), und die „praktische Rechtswissenschaft“ habe „in weitem Umfang *normative* Aufgaben“ (Heck 1912: 36, H.i.O.). Die Interessenjurisprudenz stellt sich als eine „Form der teleologischen Jurisprudenz“ dar (ebd.: 28; s. bereits Rümelin 1907). Sie basiert auf einem teleologischen Verständnis des Rechts und entwickelt dementsprechend teleologische Methoden der Rechtsanwendung.

Daher richten sich die Methodenvorschläge nicht auf den Versuch einer umfassenden richterlichen Faktenbindung durch eine wie auch immer geartete „soziologische Methode“, sondern auf den Entwurf einer teleologischen Methode. Nach Heck liegt

[i]n der Betonung der Interessenforschung bei Rechtserkenntnis und Lebenserkenntnis [...] der berechtigte Kern des stark betonten Verlangens nach einer soziologischen Rechtswissenschaft, einer Rechtssozio-

547 Allerdings deutet Heck diesen Begriff eigenwillig und ebenfalls normativierend: „Die alte Formel ‚Wille des Gesetzgebers‘ hat einen Realgehalt. Aber der Willensbegriff ist kein psychologischer, sondern ein normativer, ein *Interessenbegriff*. Der ‚Gesetzgeber‘ ist kein Phantom, sondern die zusammenfassende Bezeichnung für die kausalen Interessen.“ (Ebd.: 8, H.i.O.).

548 Heck zieht dabei die Parallele zum „Gehorsam des Dieners“ bzw. zum „militärischen Gehorsam“ (ebd.: 16, 19f. u.ö.). Dieser Gesetzesgehorsam ist für Vertreter der Interessenjurisprudenz eines der Hauptargumente gegen das Freirecht. Zur Kritik der Interessenjurisprudenz an der Freirechtsschule s. Kallfass 1972: 87ff. m.N.

logie oder einer die dogmatische Rechtswissenschaft ergänzenden soziologischen Rechtswissenschaft (Heck 1912: 37).

So basiere ja auch die genetische Interessenforschung auf empirischen Tatsachen, womit man sich einer soziologischen Forschung annähere (vgl. Heck 1917: 271). Ebenso sei bei der systematisierenden Darstellung der Rechtswissenschaft zu erwarten, „daß die Ergebnisse der Interessenforschung, die soziologischen Elemente fortdauernd in die Darstellung eingearbeitet werden“ (ebd.: 41). Insofern erkennt Heck die soziologische Forschung als eine Form der Hilfswissenschaft für die Rechtswissenschaft an (Schoppmeyer 2001: 164).⁵⁴⁹ Und auch Rümelin betont, dass eine Interessenwertung ohne Kenntnisse der zugrunde liegenden Lebensverhältnisse unmöglich sei. Daher gelte: „als Vorarbeit“ sei die Soziologie stets „unentbehrlich“ (Rümelin 1929: 67).

Allerdings widerspricht Heck vehement jeglichen Versuchen, die Rechtswissenschaft durch die Soziologie zu ersetzen (s.u.), aber auch „der unmittelbaren Verwendung des von einer allgemeinen Soziologie erbrachten Materials“ (Heck 1912: 37 Anm. 3). Denn: „Die Rechtswissenschaft verfolgt normative Endziele und nur der Jurist kann das für seine Endziele wesentliche aus der Fülle der Wirklichkeit aussondern.“ (Ebd.) Insofern sei letztlich „[g]egen die Ausarbeitung einer Soziologie des Rechts [...] nichts einzuwenden, aber der Vorschlag der Namensänderung abzulehnen. Die normativen Aufgaben sind so wichtig und so umfassend, daß ihre Theorie stets den Rang einer Wissenschaft behaupten wird.“ (ebd.: 38 Anm.)

3. Die Problematisierung der Normativität des Rechts

Trotz des Umstandes, dass sehr unterschiedliche Wege beschritten werden, um eine neue Methodenlehre zu entwickeln, eint beide beschriebenen Positionen ihr Ausgangspunkt: Das eigentliche Problem liegt in der Unausweichlichkeit der normativen Wertung im richterlichen Urteil. Angesichts dieser Tatsache kann sich der Richter in der Rechtsanwendung nicht auf wissenschaftlich angeleitete rein logische Operationen und damit auf einen rein „juristischen“ Erkenntnisgewinn berufen, um sein Urteil zu fällen. Im Rahmen der genuinen Methodendebatte wird die Normativität des

549 Heck ist auch an den Entwicklungen in der Soziologie interessiert, wie nicht nur seine Bezugnahmen auf Georg Simmel, Max Weber und andere zeigen, sondern ebenso seine Teilnahme am ersten deutschen Soziologentag.

Rechts problematisiert, und das insbesondere auch von den Vertretern einer genuin juristischen ‚soziologischen Methode‘.

Dabei zeigen sich auf der methodischen Ebene zwei Möglichkeiten der strategischen Wiederaufladung der Bestimmung des Rechts als ein gesellschaftliches Phänomen. Dieses Verständnis ist letztlich schon in der Rechtsentstehungslehre der Historischen Rechtsschule angelegt. Dort wurde das Recht jedoch noch als ein Produkt einer harmonischen und einheitlichen, in der Vergangenheit verankerten organischen Sozialsphäre angesehen. Demgegenüber ist es nun in Folge des gesellschaftsfunktionalen Zweckdispositivs in einer antagonistischen, durch Interessenkämpfe gekennzeichneten Sphäre verortet, die sich im fortwährenden Wandel befindet. Die erforderliche Anpassung oder Anbindung des Rechts an die jeweils gegenwärtig gegebenen gesellschaftlichen Umstände wird nun – nach der Beendigung des Rechtspluralismus durch die Kodifikation des BGBs – über die Rechtsanwendung problematisiert. Dafür müssen entsprechende Methoden entwickelt werden. Hierfür wird einerseits für eine Soziologisierung plädiert, die die Tatsachen der Gesellschaft in den Blick nimmt und daraus Versuche entwickelt, Maßstäbe für die unausweichliche Wertentscheidung im Urteil zu gewinnen; andererseits wird für eine Teleologisierung der rechtlichen Methode eingetreten, die die genuine Wertentscheidung im Urteil basierend auf der Wertentscheidung im Rechtssatz und die normative Seite der richterlichen Tätigkeit in den Vordergrund stellt. Gestritten wird letztlich darum, ob und wie Faktizität und Normativität in der konkreten Rechtsanwendung methodisch korrekt in Beziehung zueinander gesetzt werden können.⁵⁵⁰

IV. Epistemische Folgen II: Die Rolle der Soziologie angesichts des Wesens der Rechtswissenschaft

Beide Ansätze werden heftig kritisiert: Den Vertretern der Interessenjurisprudenz wirft man vor, dass sie zwar die Interessenwägung bzw. -abwägung methodisch zu fassen suchen, damit aber nur der halbe Weg zurückgelegt werde. Denn sie stellten für die daraus resultierende notwendige Wertung weder ein objektives Kriterium, noch Maßstäbe oder Grundsätze

550 Das zeigt sich auch in den Redebeiträgen von Fuchs, Wüstendörfer und Heck, die am ersten Soziologentag an Kantorowicz' Vortrag „Rechtswissenschaft und Soziologie“ anschließen und sich allesamt um das Verhältnis von Werturteil und Tatsachenerhebung drehen (vgl. dies. in Simmel et al. 1911c).

der Abwägung bereit (vgl. etwa Neukamp 1912: Sp. 47).⁵⁵¹ Um diese fundamentale Lehrstelle zu schließen, werden ‚objektive‘ (eigentlich verobjektivierte) Kriterien wie etwa Billigkeit (Schmölder 1907), Kultur (Brütt 1907),⁵⁵² Stammers „soziale[s] Ideal“ (Stammeler 1902: 196ff.; s.a. Münch 1918) oder das gesellschaftliche Rechtsbewusstsein (als Gerechtigkeitsgefühl, vgl. Kantorowicz 1909: 23ff.) genannt. Zentral aber bleibt der Vorwurf des logischen Problems, dass die Idee der Interessenwägung als solche kein Abwägungskriterium enthalte (vgl. Pokrovskij 2015 [1917]: 79) und man daher wieder bei der Ausgangsfrage lande, wie die Lücken im Recht zu füllen seien.

Aber auch den Versuchen einer Soziologisierung der Rechtswissenschaft, die mit Verweis auf die gesellschaftlichen Tatsachen genau diese Lücke zu schließen sucht, schlägt heftiger Wind entgegen. Insbesondere Fuchs wird vorgeworfen, dass er etwas proklamiere, das einer wissenschaftlichen Überprüfung nicht standhalte: Die Soziologie diskutiere selbst noch darüber, was ihre genuine Methode sei, weshalb man bezweifeln müsse, dass sie als wissenschaftliches Fundament für die Rechtswissenschaft dienen könne (vgl. Düringer 1909: 71; 1992 [1910]: 134). Zudem besitze die „soziologische Methode“ v.a. bei Fuchs, da sie ja auch ethische Erwägungen beinhalte, einen „nebelhaft weiten Sinne“ (Oertmann 1992 [1911]: 201; s.a. Hedemann 1910: 119), ja man müsse letztlich von der „völligen Unbestimmtheit dieses Begriffs“ sprechen (Düringer 1992 [1910]: 134). Daher vergrößere dieses als Methode titulierte Vorgehen, das „im Nebel der ‚Soziologie‘ verhüllt bleibt“ (Vierhaus 1909: Sp. 1170), nur die Unsicherheiten der Rechtsfindung (vgl. Hedemann 1910: 119). Auf solch unsicherem Boden könne man keinen Maßstab für das richterliche Urteil finden und ende letztlich bei subjektiv-willkürlichen „soziologischen“ Urteilen des Richters (vgl. Oertmann 1992 [1911]: 206; s.a. Düringer 1992 [1910]: 138). Schließlich werde der falsche Adressat für die soziologische Methode gewählt: Jedem Gesetz liege ein praktischer, und d.h. soziologischer Gedanke zugrunde. Der „größte Soziologe“ sei daher der Gesetzge-

551 Zum Aufkommen des Abwägungsgedanken Anfang des 19. Jahrhunderts und seiner Karriere in der Jurisprudenz bis heute, die jedoch mit einem fundamentalen Funktionswandel des Abwägens verbunden ist, vgl. Rückert 2011.

552 Die Hinwendung zur Kultur soll einerseits aus der Gefängniszelle des Gesetzes herausführen (vgl. Haferkamp 2007b; 118f.; Sprenger 1991, jeweils m.N.), andererseits den Richter aber wieder an übersubjektive Werte binden. Auch wenn hier ‚Kultur‘ nicht auf wissenschaftstheoretischer Ebene eingesetzt wird, wird dadurch doch die Annahme plausibel, Rechtswissenschaft sei eine Kulturwissenschaft (s.u. § 5.IV.2.1).

ber (Düringer 1992 [1910]: 138), soziologische Überlegungen betreffen die Rechtspolitik (Oertmann 1992 [1911]: 208f.; 218f. u.ö.; daher auch die Parallele zu Petrażycki),⁵⁵³ und der Richter sei nicht berechtigt, „seine eigene persönliche Soziologie an die Stelle des Gesetzgebers zu setzen“ (Düringer 1992 [1910]: 138). Kurz: Die Soziologie stellt aus dieser Perspektive keinen plausiblen Bezugspunkt für die Ausarbeitung einer wissenschaftlichen Methode der Rechtswissenschaft dar.⁵⁵⁴

Trotz dieser harschen Kritik v.a. seitens der Gegner der Freirechtsschule erscheint der Rekurs auf die Soziologie angesichts der Prämisse der Rechtsentstehungslehre für eine Vielzahl von Autoren plausibel. Denn wird das lebende, gesellschaftliche Recht dem Gesetz gegenübergestellt, so erscheint es einleuchtend, mittels der Soziologie (was immer auch darunter verstanden wird) den Blick auf den Produktionsort des Rechts, d.h. auf die gesellschaftlichen Verhältnisse, zu richten. Dabei geht es aber nicht primär um den Entwurf einer wie auch immer gearteten „soziologischen“ Methodenlehre im engeren Sinne für die Rechtswissenschaften. Vielmehr wird angesichts der Entstehung des Rechts „im Leben“ das Verhältnis von Recht und Soziologie als wissenschaftliche Disziplinen problematisiert. Anders formuliert: Man streitet um die Bestimmung der Rolle der Soziologie für die Rechtswissenschaften (hierzu 1.).

Hierbei unterscheiden sich jedoch die Positionen sowohl hinsichtlich dessen, was das gesellschaftliche Phänomen ‚Recht‘ kennzeichnet, was dementsprechend als soziologische Untersuchung des Rechts verstanden wird, als auch hinsichtlich der Frage, welche Bedeutung die neue, sich gerade konsolidierende Wissenschaft der Soziologie für die Rechtswissenschaften habe (vgl. Kanigs 1932: 77). Es wird darum gestritten, in welcher Beziehung die Soziologie zur Rechtswissenschaft steht. Da sich dies aber nur vor dem Hintergrund der wissenschaftstheoretischen Bestimmung der Soziologie beantworten lässt, geht es zugleich um wissenschaftstheoretische Fragen. Und da dies gleichermaßen die Rechtswissenschaft betrifft,

553 Abgesehen davon wenden Oertmann und Düringer ein, dass Fuchs gegenüber den Ansätzen von etwa Jhering oder Petrażycki – außer allenfalls der Verwendung des Terminus „soziologisch“ – sowieso nichts Neues entwerfe (vgl. Oertmann 1992 [1911]: 202ff.; Düringer 1908: Sp. 258f.; 1992 [1910]: 135).

554 Für Sohm, der dem Repräsentationsgedanken verhaftet bleibt, kann die „soziologische“ Rechtsfindung sowieso nur mit den Mitteln der Begriffsjurisprudenz operieren: „Das ‚soziologisch‘ richtige Recht kann [...] nur aus der Herrschaft gewonnen werden, welche uns die Begriffsjurisprudenz über den Inhalt des *gegebenen* Rechts vermittelt: in dem alten Recht ist bei richtiger Erkenntnis auch das werdende neue Recht angebahnt.“ (Sohm 1909: Sp. 1024, H.i.O.).

wird ebenso um deren Wesensbestimmung gerungen (s. 2.). Beide Streitpunkte, d.h. das Bestimmungsproblem der Rolle der Soziologie und das Bestimmungsproblem der Rechtswissenschaft, zeigen sich als je spezifische Problematisierungsweisen von Sein und Sollen – nun jedoch auf wissenschaftstheoretischer Basis.

1. Die Rolle der Soziologie in der Rechtswissenschaft

1.1 Rechtswissenschaft als Soziologie

Dass es um die Problematisierung von Sein und Sollen geht, ist schon in einer der radikalsten Varianten der Begründung der Rechtswissenschaft in der Soziologie zu erkennen,⁵⁵⁵ nämlich in Ignatz Kornfelds oft zitierter Untersuchung *Soziale Machtverhältnisse. Grundzüge einer allgemeinen Lehre vom positiven Rechte auf soziologischer Grundlage* aus dem Jahr 1911. Denn Kornfeld richtet seine allgemeine Rechtslehre explizit gegen das „Dogma von dem normativen Wesen des positiven Rechtes“ (Kornfeld 1911: III).

Im Kern geht es ihm damit um die wissenschaftliche Fundierung der Jurisprudenz. Wissenschaft könne sich für ihn nur auf einen ihr äußerlich gegebenen Gegenstand, d.h. auf Tatsachen, beziehen: Sie „ist nichts anderes, als ein in allgemeinen Sätzen geordnetes Wissen; Wissen aber setzt ein Objekt voraus, das die menschliche Vernunft – entweder in sich selbst oder in ihren Lebenserfahrungen – als etwas ihr Gegebenes, ihrer Willkür Entrücktes vorfindet“ (ebd.). Das schließe eine Bestimmung des Rechts für die Rechtswissenschaft als Norm (Imperativ oder Erlaubnis), als Normenkomplex, bzw. über Rechtsideen oder normative Geltungsansprüche aus, wird doch in all diesen Fällen der Fokus nicht auf das tatsächlich Gegebene, sondern auf das Sein-Sollende gerichtet (sogenannte „Normentheori-

555 Zu dieser Gruppe ist neben Ofner (vgl. Ofner 1894, 1931) und Karner/Renner (Karner 1904b) insbesondere Ludwig Spiegel zu rechnen. Dieser fordert im Jahr 1909 ausgehend von der Bestimmung des Rechts als eine tatsächliche „soziale Erscheinung“ (Spiegel 1909: 2), dass die Rechtswissenschaft sich der induktiv-deskriptiven Methoden der Sozialwissenschaft bedienen müsse, wenn sie für sich beanspruchen wolle, eine Wissenschaft im „wahren Sinne des Wortes“ zu sein (ebd.: 17). Grundlage jeder Rechtswissenschaft kann nach Spiegel dabei nur das tatsächlich geltende Recht sein. Allerdings beschränke sich das Recht nicht auf die Rechtsvorschriften im Gesetz, da „das wirkliche Rechtsleben mit dem Rechte nicht übereinstimmen muß und auch vielfach nicht übereinstimmt“ (ebd.: 7). Aus diesem Grund müssten die Sozialwissenschaften diese Tatsachen ausfindig machen.

en“). Wenn man sich jedoch nicht auf das Sein, das tatsächliche Gelten des Rechts, sondern auf den normativen Gehalt, das Gelten-Sollen im Rechtsatz, beziehe, werde man auf ein Gedankensystem jenseits der Realität verwiesen, das letztlich nur deduktiv, analytisch und nicht empirisch das autoritativ (Gesetzgebung) oder fiktiv (Vernunftrecht) Vorgegebene ordnen könne (vgl. ebd.: 2). Ein solches Vorgehen kann aber nach Kornfeld nicht den Anspruch der Wissenschaftlichkeit für sich erheben, v.a. nicht i.S.d. „Erfahrungswissenschaft“, was ihm als Leitbild jeglicher Wissenschaftlichkeit gilt (vgl. ebd.: 2, 3, 15).⁵⁵⁶

Damit wendet sich Kornfeld aber keineswegs gegen die Bestimmung des Rechts über den Zweck, der normative Zielsetzungen kennzeichne und immer auf einer Willensentscheidung gründe. Allerdings dürfe man den entsprechenden Willen nicht im autoritativen Willen eines historischen Gesetzgebers oder in den vernunftrechtlichen Spekulationen suchen, sondern müsse ihn empirisch fundieren. Die empirische Fundierung ist für Kornfeld gleichbedeutend mit der Fundierung des Rechts in der Gesellschaft: Recht sei die „erfahrungsmäßig bestimmte[] Art von Regeln gesellschaftlichen Zusammenlebens“ (ebd.: V), es werde gebildet aus dem „Inbegriff tatsächlich geltender Regeln des gesellschaftlichen Zusammenlebens“ (ebd.: 1), und die Rechtsverhältnisse werden als „durch Wohlfahrtszwecke bestimmte soziale Machtverhältnisse“ (ebd.: 18) verstanden.⁵⁵⁷

Das Wesen jeder Gesellschaft wiederum werde „durch die ihr innewohnenden Zwecke und durch die von diesen Zwecken bestimmte Art des regelmäßigen Verhaltens ihrer Mitglieder bestimmt“ (ebd.: 20). Dabei habe

556 Denselben Vorwurf trifft nach Kornfeld auch die technische Seite der Rechtswissenschaft, d.h. die Rechtsfindungs- und Rechtsanwendungslehre, da auch sie in seinen Augen danach fragt, was in einem konkreten Fall rechtens ist und daher den Fokus mittels der Hermeneutik auf das Sein-Sollende richtet (vgl. Kornfeld 1911: 1, 17f.). Auch in diesem Bereich müsse jedoch der Erkenntnis des realen Wesens der rechtlichen Erscheinungen „das wissenschaftliche Primat“ eingeräumt werden (ebd.: 18).

557 Wenn dabei die Gesellschaft in den Mittelpunkt rückt, bestimmt Kornfeld diesen Begriff (unter Bezugnahme auf Sigwarts *Logik* und Simmels *Soziologie*) in einem sehr weiten Sinne: Gesellschaft sei „ein Zusammenwirken von Menschen zu gemeinschaftlichen Zwecken, oder was dasselbe sagt, für gemeinschaftliche Interessen [...]. Die durch solches Zusammenwirken hervorgerufene Vorstellungseinheit ist überall Zweckeinheit, und zwar nicht bloß eine durch die Betrachtung eines Außenstehenden bewerkstelligte (wie die Zweckeinheiten in der Natur), sondern eine durch die Willensbestrebungen der Mitglieder selbst begründete“ (Kornfeld 1911: 326 Anm. 6).

gerade die „Rechtsgesellschaft“ die „sozialen, d.h. in dem regelmäßigen Verhalten ihrer Mitglieder liegenden Existenzbedingungen allen gesellschaftlichen Zusammenlebens zum Gegenstande“: Ihr begrifflicher Zweck sei „die Verwirklichung der Existenzbedingungen, die Selbstbehauptung des sozialen Zusammenlebens“ (ebd.: 21). Kennzeichnend für das Recht sei also die Tatsache, dass es sich um eine grundlegende gesellschaftliche Erscheinung handle, ja dass letztlich Gesellschaft ohne Recht nicht denkbar sei (vgl. ebd.: 18, 20). Recht bestehe dementsprechend nicht aus Normen, sondern aus gesellschaftlichen Regeln, die Kornfeld als „empirische Gesetze sozialen Verhaltens“ (ebd.: 25) begreift. Er will diejenigen Regeln herausarbeiten, die in allen Gesellschaften vorkommen (ebd.: 22). Daher erscheint auch für ihn das Recht als gesellschaftlich gewachsenes Recht: Es ist das „in historischer Erfahrung gegebene gesellschaftliche Leben der Menschen, und ist, abgesehen von diesem, ihm vorausgehend, überhaupt nicht vorhanden“ (ebd.: 4). Man könne und müsse es durch die Regelmäßigkeiten des gesellschaftlichen Lebens erklären.

Indem das Recht als Tatsache gesetzt wird, das – wie letztlich auch in der Volksgeistlehre⁵⁵⁸ – die sachliche Autorität tatsächlich geltender Regeln für sich beansprucht und daher nicht auf ein Sein-Sollendes, sondern auf „die Geltungsart eines Seienden“ (ebd.: 15) verweist, will Kornfeld die Rechtswissenschaft auf dieselben logischen Methoden gründen, welche „auf allen anderen Gebieten theoretischen Wissens befolgt werden“ (ebd.: 3). Denn dieses Vorgehen „ermöglicht die Einreihung der Rechtslehre in das System der menschlichen Erfahrungswissenschaften und der rechtswissenschaftlichen Methode in das System der für alle anderen Wissenschaften geltenden Erkenntnisgesetze“ (ebd.: 15). Das bedeute nicht, dass es sich damit notwendigerweise um eine Naturwissenschaft handle. Da es um die tatsächliche Geltung des Rechts gehe, könne man nicht von kausalen Notwendigkeiten und exakten, ausnahmslosen Gesetzen ausgehen. Allerdings seien aus diesen Tatsachen auf induktivem Weg Erfahrungswerte zu gewinnen, die Regeln und Regelmäßigkeiten als Wahrscheinlichkeiten statuieren können (vgl. ebd.: 15f.). Darin liegt das Ziel einer soziologischen Fundierung der Rechtswissenschaft.

558 Der Volksgeistlehre der Historischen Rechtsschule gesteht Kornfeld zu, diese sachliche Autorität als Basis eines erfahrungswissenschaftlichen Zugangs entdeckt zu haben (ebd.: 51). Allerdings habe sie sich aus Bequemlichkeit nicht der realen Seite zugewandt, sondern sich auf die deduktive Arbeit am System der Normen beschränkt (ebd.: 52). Auch hier zeigt sich, dass die Soziologisierung der Rechtswissenschaft eine Möglichkeit der strategischen Wiederaufladung der Rechtsentstehungslehre der Historischen Rechtsschule ist.

Kornfeld versteht seinen Ansatz als „Prolegomena“ einer allgemeinen Rechtslehre (ebd.: V). Er will aus dem „sozialen Wesen des positiven Rechtes realistische Erklärungen [...] für das Rechtsleben als System sozialer Machtverhältnisse“ ableiten, aber auch Erkenntnisse für die genuin rechtsdogmatischen und -methodischen Probleme der „Rechtsquellen“, der „Daseinsbedingungen und [des] Wesen[s] der wichtigsten Rechtsverhältnisse“ liefern (ebd.: IV). Wenn er dabei auch das „Unrecht und seine Folgen“ (ebd.) erklären will, dann fundiert er das Normative ebenfalls empirisch in der Gesellschaft.⁵⁵⁹ Unter Aussonderung jeglichen normativen Gedankens versucht er nämlich über den Entwurf einer allgemeinen Rechtslehre eine Grundlage für die Rechtswissenschaft zu schaffen, die das Normative immer erst supplementär ins Spiel bringt (vgl. ebd.: 49) und daher einer rein faktenorientierten Wissenschaftlichkeit entspricht. Die entsprechende Wissenschaft, die die Leitlinien für ein solches Vorgehen zu liefern vermag, sei die Soziologie: Sie sei jene Erfahrungswissenschaft, die sich mit den Regeln des gesellschaftlichen Verhaltens befasse und theoretische Erkenntnisse der Regelmäßigkeiten des Rechtslebens als ein Erfahrungsobjekt zu liefern vermag (vgl. ebd.: 34).

Damit zielt Kornfeld auf eine radikale Soziologisierung der Rechtswissenschaft.⁵⁶⁰ Die soziologische Untersuchung des Rechts sei nicht nur eine

559 So schreibt Kornfeld: „Wir hingegen sind der Ansicht, daß im Begriffe ‚rechte Gewalt‘, sofern wir ihn als Ergebnis positiven Rechtes auffassen, das Attribut ‚rechte‘ nicht in einem ethischen, sondern in einem soziologischen Sinne zu verstehen ist, nicht als eine Gewalt, die ihrem Inhaber zustehen soll, sondern als eine Gewalt, die ihm vermöge der Regeln des rechtlich-sozialen Verhaltens in der Rechtsgesellschaft tatsächlich zusteht, und daß ihr ein ethischer Charakter erst auf Grund und infolge der an jene Regeln des realen rechtlich-sozialen Lebens sich anknüpfenden ethischen Werturteile beigelegt wird.“ (Ebd.: 49) Damit will er seine gesellschaftliche Fundierung des Normativen in Abgrenzung zu Jherings Begründung einer Sozialethik im *Zweck im Recht* verstanden wissen.

560 Das ist für Kornfeld gleichbedeutend mit der Abgrenzung von der Freirechtsschule. Denn selbst wenn deren frühe Ansätze wie Ehrlichs *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft* und Gnaeus Flavius' (Kantorowicz) *Kampf um die Rechtswissenschaft* unter Verweis auf die Trennung von Rechtsnorm (Gesetz) und tatsächlich geltender Rechtsregel (lebendes Recht) auf die Notwendigkeit einer soziologischen Untersuchung des Rechts verweisen, bleiben sie in Kornfelds Augen bei der hergebrachten Behandlung der Jurisprudenz stehen, da „sie diese bloß als Normenlehre, somit als eine rein praktische Disziplin betrachten und die Untersuchung des positiven Rechts als Komplexes tatsächlich geltender Regeln der Soziologie zuweisen“ (Kornfeld 1911: 325, Anm. 1). Eine solche Doppelung der Perspektive auf das Recht widerspricht aber seinem Wissenschaftsverständnis.

Ergänzung und liege neben, unterhalb oder zwischen Tatsachen- und normativer Forschung. Sie müsse vielmehr als einzig mögliche Form der wissenschaftlichen Behandlung des Rechts angesehen werden. Um den Charakter der Rechtswissenschaft als „Erfahrungswissenschaft“ zu sichern und damit ihren Wissenschaftscharakter überhaupt zu garantieren, muss die Jurisprudenz zur Soziologie werden.

1.2 Soziologie des Rechts als „wissenschaftliche Grundlage“ der Jurisprudenz

Bereits in *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft* aus dem Jahr 1903 versucht Ehrlich das Problem der freien Rechtsfindung über die Klärung der Frage der Rechtsentstehung, d.h. der Rechtsquellen anzugehen (Ehrlich 1967d [1903]: 178).⁵⁶¹ Rechtliche Normen zeichnen sich nicht durch ihre Normativität (Gebot) oder durch die Art ihrer Durchsetzung aus,⁵⁶² sondern treten in zweifacher Form auf: Liegen ihre Quellen im staatlichen Gesetz, handele es sich um Entscheidungsnormen, die „ausschließlich oder fast ausschließlich dazu dienen, die Beamten anzuweisen, wie sie sich in den überwiesenen Angelegenheiten zu verhalten haben, insbesondere, wie sie *Rechtsstreitigkeiten entscheiden sollen*“ (ebd., H.i.O.).⁵⁶³ Die Entschei-

561 Vgl. zum Folgenden insbesondere Vogl 2003: 161ff; zu Ehrlichs Rechtssoziologie siehe Papendorf et al. 2014; Rehbinder 1986; Hertogh 2009 und Rottleuthner 2013.

562 Dementsprechend lehnt Ehrlich die Zwangs- oder Imperativtheorien des Rechts ab, die das Proprium der rechtlichen Norm gegenüber anderen sozialen Normen im eigens dafür zuständigen Rechtsstab bzw. in der Art der Normdurchsetzung sehen. Aus dieser Perspektive könne man letztlich nur die gesetzlichen Entscheidungsnormen erkennen. Ausgeblendet würden automatisch mögliche Gegensätze oder Widersprüche von gesetzlicher Rechtsregel und den Regeln, die das tatsächliche Leben beherrschen (vgl. Ehrlich 1986d [1906]: 90, 94f.). Ehrlichs eigene Abgrenzung der Rechtsnorm von anderen sozialen Normen erfolgt über eine Art Rechtsbewusstsein, was ihn in die Nähe der Historischen Rechtsschule führt: „Es kommt darauf an, ob sie [die Norm, D.S.] in der Gesellschaft die Gefühlstöne auslöst, die der Rechtsnorm eigentümlich sind, die *opinio necessitatis* der gemeinrechtlichen Juristen.“ (Ehrlich 1913: 136).

563 Zwar erkennt Ehrlich an, dass nicht alle staatlichen Gesetze Entscheidungsnormen seien, sondern der Gesetzgeber auch unmittelbar organisierend in die Gesellschaft eingreifen könne (z.B. im Bereich der modernen sozialpolitischen Gesetzgebung). Allerdings handele es sich bei ersteren um die dominierende Form des Gesetzes. Ehrlich warnt aber bereits sehr früh auch davor, sich nur der Organisationsnorm zuzuwenden: „So wenig es geraten ist, über den Einfluß der Entscheidungsnormen die Lebensverhältnisse zu übersehen, ebensowenig darf der

dungsnorm sei aber weder die einzige noch die wichtigste Form des Rechts:

Das Recht ist um noch ganz anderer Zwecke willen da, als wegen der Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten, es ist in der Tat die Grundlage der gesellschaftlichen Organisation, es ist, um in der heute schon ein wenig veralteten Sprache Schäffles zu reden, das Knochengerüst des gesellschaftlichen Körpers. (Ebd.)

Aus der Organisation der gesellschaftlichen Einrichtungen ergeben sich ebenfalls Normen, gesellschaftliche Organisationsnormen,⁵⁶⁴ und nach diesen gesellschaftlich geformten bzw. gewachsenen Normen müsse man im Falle einer Lücke im Recht die Rechtsstreitigkeiten entscheiden (ebd.: 178f.). Für Ehrlich gilt: Aus den Tatsachen der Anerkennung gewisser Regeln im gesellschaftlichen Zusammenleben erwachsen Rechtsnormen (vgl. Ehrlich 1907: 4), ein Recht, das zwar „noch nicht in Satzungen festgelegt[“ sei, „aber doch das Leben beherrscht“ (Ehrlich 1967b [1911]: 19).⁵⁶⁵

Aus dieser Bestimmung folgt zweierlei: zum einen die Notwendigkeit für die Rechtswissenschaft, dieses gesellschaftlich gewachsene und tatsächlich anzutreffende Recht, das „lebende Recht“, in seinem Produktionszusammenhang zu erforschen (vgl. Ehrlich 1967b, 1967c, 1967a).⁵⁶⁶ Zum anderen beruht Recht nach Ehrlich immer auf den gesellschaftlichen Tatsachen der Ordnungsbildung der sozialen Verbände (vgl. Ehrlich 1913:

Einfluß der Entscheidungsnormen auf das Leben unterschätzt werden“ (Ehrlich 1986d [1906]: 95). Es geht also sowohl um die Genese aus den tatsächlichen Verhältnissen als auch um die tatsächliche Wirkung, die sich nicht mit dem Geltungsanspruch der Norm decken muss.

564 Für Ehrlich ist die gesellschaftliche Organisation eine Regel: „Die Organisation ist die Regel, die jedem Einzelnen im Verbände seine Stellung und seine Aufgaben anweist.“ (Ehrlich 1913: 68).

565 Das „lebende Recht“ sei etwa in Verträgen, in landwirtschaftlichen Pachtverhältnissen bzw. in der Agrarverfassung, in tatsächlich gelebten Familienordnungen, in neuen Einrichtungen des Handels, insbesondere an der Börse, in der Organisation der Gütererzeugung in Trusts und Kartellen, in neuen Verkehrserrichtungen und in Erfindungen enthalten (vgl. etwa Ehrlich 1967b [1911]: 14ff.; 1913: 5).

566 Es geht dabei also – wie er in seinem Vortrag „Die Tatsachen des Gewohnheitsrechts“ darlegt – um die Frage, „wie tatsächliche Beziehungen zu Rechten und Rechtsverhältnissen werden“ (Ehrlich 1907: 9). Mit seinen entsprechenden Untersuchungen zielt Ehrlich darauf, die treibenden gesellschaftlichen Kräfte in der Rechtsentstehung und darüber die Rechtsentwicklung herauszuarbeiten (vgl. Ehrlich 1913: 67ff.).

20ff.),⁵⁶⁷ die geistig überformt werden: „Recht ist vor allem eine gesellschaftliche Ordnung“ (Ehrlich 1986c [1913/14]: 186), und in dieser sei die „Werkstätte des Rechts“ zu suchen (Ehrlich 1913: 68). Daher sei die

Jurisprudenz dieser Art [...] in der Tat eine Morphologie der menschlichen Gesellschaft. Es ist unmöglich, das Recht zu lehren, ohne zugleich ein Bild der Gesellschaft zu geben, für die es gelten soll. Jetzt ist auch klar, warum die Jurisprudenz nicht ins Gesetz gehört. Das Gesetz kann eben nicht Morphologie sein. Wenn sie ins Gesetz aufgenommen ist, wird sie sofort etwas anderes: aus einer Darstellung dessen, was ist, eine Vorschrift darüber, was sein soll. (Ehrlich 1986d [1906]: 94)

Die wissenschaftliche Grundlage der Jurisprudenz, die das „Recht als gesellschaftliche[] Erscheinung“ (ebd.: 100) untersuche, könne weder die rein juristische noch die historisch-juristische Betrachtung liefern. Diese erwiesen sich als „einseitig“, da sie nur dem Gesetz zugewandt seien – „Einseitigkeit und Wissenschaftlichkeit sind aber Gegensätze.“ (Ebd.: 99; s.a. 1913: 16f.) Wollte man eine Wissenschaft des Rechts betreiben, so müsse man sie als Soziologie betreiben. Denn nur die Soziologie könne streng wissenschaftlich eine Morphologie der menschlichen Gesellschaft und der in ihr wirkenden Kräfte erarbeiten.

„Soziologie“ versteht Ehrlich dabei im Sinne von August Comte als Gesamtheit der theoretischen (und nicht der praktischen) Gesellschaftswissenschaften (vgl. Ehrlich 1986d [1906]: 100; 1913: 19): Sie sei eine „Naturlehre von den Gruppenbildungen“ (Ehrlich 1986d [1906]: 100), die es analog zu den Naturwissenschaften mit der Erforschung und Klarstellung reiner positiv gegebener Tatsachen zu tun habe (Ehrlich 1986c [1913/14]: 179). Daher habe sie den Charakter einer „Beobachtungswissenschaft“ (Ehrlich 1913: 382), die rein induktiv verfähre und ursächliche Zusammenhänge darstelle (vgl. ebd.; 1986c [1911]: 179). Die soziologische Rechtswissenschaft bzw. die „Soziologie des Rechts“⁵⁶⁸, die als Lehre vom Recht als gesellschaftliche Erscheinung einen Zweig der Soziologie i.S.v.

567 Nicht nur aus der Differenz zwischen staatlichem und gesellschaftlichem „leben- den Recht“, sondern auch aus dieser Rückbindung an die Ordnungsnormen der Verbände folgt, dass Ehrlich sich schon dem Problem des Rechtspluralismus zu- wendet (vgl. Nelken 2008; Seinecke 2015: 94ff.; Teubner 1996).

568 Ehrlich spricht von der „Soziologie des Rechts“, was v.a. in der Rezeption zur „Rechtssoziologie“ umgewandelt wurde (s. v.a. Rehinder 1986). Im Unter- schied zu Kantorowicz' Konzeption der Rechtssoziologie versteht Ehrlich die So- ziologie des Rechts als Teildisziplin der Soziologie; insofern ist die Verwendung

Comte bilde (Ehrlich 1986d [1906]: 100; 1913: 19), beschäftige sich mit dem Recht, das ist – also weder mit der Lehre der praktischen Anwendung (vgl. Ehrlich 1986d [1906]: 100) noch mit dem Recht, wie es sein soll (Ehrlich 1986c [1911]: 179; vgl. Ziegert 1979).

Damit verliert die Jurisprudenz bei Ehrlich jedoch nicht ihren Anwendungsbezug. Auch er bestimmt sie als „praktische Disziplin“ (Ehrlich 1986d [1906]: 100). Allerdings trennt er – mithilfe der Idee des wissenschaftlichen Stufenbaus von Comte – streng zwischen den Wissenschaften, die reine Erkenntnis liefern, und den praktischen Disziplinen, die die Ergebnisse der Forschung für die praktischen Zwecke verwerten (ebd.).⁵⁶⁹ Letzteres gelte für die Jurisprudenz: Sie sei die „kunstgerechte Verwertung der Ergebnisse wissenschaftlicher Arbeit“ (ebd.: 102) der Soziologie des Rechts, und in dieser kunstgerechten Verwertung bestehe ihr Proprium gegenüber der Wissenschaft. Indem die Jurisprudenz als rein praktische Disziplin ihren gesellschaftswissenschaftlichen Inhalt an die Soziologie abgebe, „erobert sie sich neu ihr ureigenstes Gebiet“ (ebd.: 103)⁵⁷⁰ – allerdings um den Preis, nach Ehrlich keine Wissenschaft zu sein.⁵⁷¹ Daher bildet die Soziologie des Rechts als Teilgebiet der Soziologie die „wissenschaftliche Grundlage“ der Jurisprudenz (Ehrlich 1986c [1913/14]: 194; 1913: 15), ja letztlich die einzige Möglichkeit der wissenschaftlichen

der Soziologie an erster Stelle in der Namensgebung konsequent. Ehrlich sieht insbesondere Montesquieu (vgl. Ehrlich 1986c [1913/14]: 180; Ehrlich 1986b), aber letztlich auch die Historische Rechtsschule mit ihrer Rechtsentstehungslehre als Vorläufer einer solchen Soziologie des Rechts an (vgl. Ehrlich 1986c [1913/14]: 193).

569 Zu einem ähnlichen Ergebnis kommt der Kieler Rechtsprofessor Theodor Niemeyer: Er sieht die wissenschaftliche Grundlage der Rechtswissenschaft in der Soziologie, weil die Soziologie die höchste aller Wissenschaften sei (vgl. Niemeyer in Kohler et al. 1910: 205).

570 Auf diesem „ureigensten Gebiet“ spielt dann auch die Interessenabwägung eine zentrale Rolle. Genau deshalb könne man sie nicht als logischen Subsumtionschluss aus der gesetzlichen Rechtsordnung verstehen (vgl. Ehrlich 1966: 299 [1925]), sie sei vielmehr „freirechtliche Interessenabwägungsjurisprudenz“ (Vogl: 328, 260ff.), die im richterlichen Urteil die gesetzgeberische Interessenabwägung verwirkliche oder aber vom Gesetzgeber unabgewogene Interessen mit Blick auf die gesellschaftliche Interessenlage ersatzweise abwäge (vgl. Ehrlich 1966: 310 [1925]: 310, 184ff.).

571 Erst diese Abgrenzung ermögliche also die wissenschaftliche Handhabung des Rechts: „Mit dieser Scheidung ist aber die selbständige Wissenschaft vom Rechte begründet, die nicht praktischen Zwecken dienen will, sondern der reinen Erkenntnis, die nicht von Worten handelt, sondern von Tatsachen.“ (Ehrlich 1913: 1).

Handhabung des Rechts. Demgegenüber seien Gesetzgebung, Jurisprudenz und Rechtspflege nicht selbst wissenschaftlich, sondern lediglich „angewandte Gesellschaftswissenschaft“ (Ehrlich 1917: 434), die die soziologisch ermittelte Kenntnis der in der Gesellschaft wirkenden Kräfte voraussetze. Die „Logik der praktischen Jurisprudenz, als einer Kunstlehre (im Gegensatz zur theoretischen Wissenschaft des Rechts)“ sei daher – wie die Logik der Maschinenbaukunde – die „Logik des praktischen Handelns des Juristen“ (ebd.: 125f.). Letztlich sei sie reine Technik:

Mit der wirklichen Logik hat die juristische Logik nichts gemein als den Namen. Sie ist überhaupt keine Logik, sondern eine Technik, denn sie will gar nicht den Prüfstein für die Richtigkeit der Methoden der juristischen Rechtsfindung liefern, sondern ist selbst nur eine solche Methode, die erst auf ihre Richtigkeit geprüft werden muß. (Ebd.: 423)

Anders als Kornfeld möchte Ehrlich nicht die dogmatische Ebene, die der Jurisprudenz eigene Sphäre, durch die Soziologie ersetzen.⁵⁷² Recht sei nicht nur Regelung des Zusammenlebens, sondern enthalte ebenso Entscheidungsnormen, die im Einzelfall über eine „Interessenabwägung“ normative Entscheidungen und daher eine ihnen eigene Behandlung verlangten (vgl. Vogl 2003: 260ff.). Eine solche Entscheidung sei aber nicht aus den dogmatischen Begriffen deduktiv herleitbar:

Die Prüfung [der Richtigkeit der Methode, D.S.] hat ergeben, daß das Ziel, das die gegenwärtig herrschende juristische Technik angeblich verfolgt, jede Entscheidung dem Gesetz zu entnehmen, ihr vollständig unfaßbar ist, das Ziel, das sie allenfalls erreichen kann, eine Entscheidung ohne richterliche Interessenabwägung, wichtige gesellschaftliche Interessen schädigt, und daß das ihr zuweilen vorschwebende Ziel, das wirklich anstrebenwert wäre, eine aus richtiger Interessenabwägung hervorgegangene Entscheidung zu finden, ihr nur auf einem weiten, unnützen, zwecklosen Umwege zugänglich ist. (Ehrlich 1917: 423)

Ehrlichs Ziel ist demgegenüber, die unumgängliche und notwendige Entscheidung im Rechtsurteil über die Soziologie des Rechts wissenschaftlich zu fundieren. Denn: „Eine gerechte richterliche Entscheidung nennen wir eine solche, die die im Streite befangenen Interessen richtig würdigt, die Interessen fördert, die gesellschaftlichen Schutz verdienen, und andre

572 Allerdings fallen der soziologischen Rechtswissenschaft implizite Aufgaben in der juristischen Begriffsbildung zu (Vogl 2003: 349).

wichtige Interessen so wenig als möglich schädigt.“ (Ebd.: 433) Das aber setze die Kenntnis der Gesellschaft und der in ihr wirkenden Kräfte voraus.

1.3 Ergänzung der Rechtswissenschaft durch die Soziologie

Einem solchen wissenschaftsklassifikatorischen Stufenbau, der die Jurisprudenz außerhalb der Wissenschaften ansiedelt oder allenfalls als angewandte Gesellschaftswissenschaft bestimmt, widersprechen jedoch selbst Befürworter der Hinwendung der Rechtswissenschaft zur Soziologie – und zwar mit Verweis auf den eigenständigen Charakter der Rechtswissenschaft als wissenschaftliche Disziplin.

Die Rechtswissenschaft ist für Karl Georg Wurzel unzweifelhaft eine Sozialwissenschaft. In historischer Perspektive sei sie sogar „die erste Sozialwissenschaft“. Denn der „Richter und der Gesetzgeber waren die ersten, welche sich bewußte Rechenschaft über die Grundsätze geben mußten, die das Zusammenleben des Menschen beherrschen“ (Wurzel 1904: 1). Recht wird aus dieser Perspektive – wie bei Jhering – als gesellschaftlich notwendiges Regelset angesehen, als „Inbegriff der ins Bewußtsein tretenden notwendigen Normen des menschlichen Verhaltens“ (ebd.). Recht sei daher kein „nacktes Gebot“, sondern ein „gesellschaftliches Phänomen“ (ebd.: 102).

Aus dieser Bestimmung folgt für Wurzel zwar die Notwendigkeit der rechtswissenschaftlichen Integration der Erkenntnisfortschritte der Sozialwissenschaften, gerade auch angesichts der sich ausdifferenzierenden Soziologie als allgemeinste Wissenschaft dieser Art (ebd.: 2, 100). Allerdings könne und dürfe eine solche soziologische Perspektive die eigentliche Jurisprudenz nicht verdrängen. Denn diese arbeite normativ und sie orientiere sich an normativen Postulaten (Idealen) wie Unparteilichkeit und Rechtssicherheit (ohne diese aber tatsächlich verwirklichen zu können, vgl. ebd.: 7ff.) bzw. arbeite im Rahmen der Auslegung mit dem teleologischen Grund des Gesetzes, um (scheinlogische) Analogieschlüsse herstellen zu können (ebd.: 23ff.). Die Soziologie arbeite demgegenüber jedoch explikativ (ebd.: 100).

Damit stellt sich die Frage, in welcher Beziehung die beiden Wissenschaften stehen. Die Ergebnisse der soziologischen Forschung können den Unsicherheiten in Bezug auf die Verwirklichung der Postulate und der Auslegung entgegenwirken. Aufgrund der Verschiedenheit der Perspektiven befruchteten sich Soziologie und Rechtswissenschaft allerdings nur indirekt, was Wurzel unter den Begriff der „Projektion“ fasst (vgl. ebd.: 100, 43, 60ff.). Seine „soziologische[] Jurisprudenz“ (ebd.: 102) geht von einem

gleichberechtigten Nebeneinander von soziologischer und juristischer Forschung und Methoden aus, wobei erstere die Rechtswissenschaft notwendigerweise ergänze. Dies trage v.a. dazu bei, das richterliche Urteil an die Dynamik der gesellschaftlichen Tatsachen zurückzubinden (ebd.: 98ff.).

Auch Hugo Sinzheimer will keineswegs die juristisch-dogmatische durch eine soziologische Methode ersetzen. Denn das technische Moment der rechtsdogmatischen Arbeit habe einen unverzichtbaren Nutzen: Ihrem „klassische Ideal“ folgend wird die Rechtsordnung gedacht als Masse von Rechtsvorschriften, die über Begriffe in ein widerspruchsfreies, vollkommenes System vereinheitlicht werden. Dadurch werde der Stoff geistig beherrschbar gemacht. Als „praktische“ Wissenschaft (Sinzheimer 1976c [1909]: 5) leiste rechtsdogmatische Arbeit notwendige Vorarbeit für Rechtsprechung und Gesetzgebung. Daher sei sie „ein notwendiges Ideal, und der dogmatischen Methode wird die Rechtswissenschaft nie entraten können“ (ebd.).

Das Problem bestehe jedoch darin, dass sich das Recht nicht mit der Rechtsordnung im Gesetz decke: Weder sei alles geltende Recht wirksam, noch alles wirksame Recht ausgesprochen (ebd.) Neben der Rechtsordnung komme der Rechtswirklichkeit eine selbständige Bedeutung zu – ein Umstand, der sich insbesondere im Privatrecht zeige, da hier durch Verträge beständig neue Rechtsverhältnisse geschaffen würden.⁵⁷³ An dieser Stelle kommt die soziologische Methode ins Spiel: *„Daraus folgt die Notwendigkeit einer Methode, die sich die Erkenntnis der Rechtswirklichkeit zur besonderen Aufgabe macht. Diese Methode ist die soziologische.“* (Ebd.: 10, H.i.O.) Sie ist es, die Aufschluss über die Rechtswirklichkeit zu geben und dadurch die Anbindung der Rechtswissenschaft an ‚das Leben‘ zu gewährleisten vermag (vgl. ebd.: 3).

Anders als Fuchs, Gmelin, Kornfeld, Wurzel oder Spiegel nimmt Sinzheimer aber eine Beschränkung der soziologischen Methode in der Privatrechtswissenschaft vor: Sie beziehe sich nicht auf die gesellschaftlichen Lebensbeziehungen an und für sich, die – wie Sinzheimer mit Verweis auf Stammler feststellt – in ihrer Eigenart immer von menschlich gesetzten Regeln bestimmt seien, sondern untersuche nur diejenigen, „deren Form

573 Sinzheimer verdeutlicht diesen allgemeinen Gedanken durch Beispiele aus dem Arbeitsvertragsrecht, v.a. am neuartigen Phänomen des Arbeitskollektivvertrags. Zur Bedeutung Sinzheimers für die Entwicklung des deutschen Arbeitsrechts vgl. Blanke 2005; Becker 2005: 217ff.; Weiss 2014.

sich durch Rechtsregeln bestimmt“ (ebd.: 11).⁵⁷⁴ Hinsichtlich des Gegenstandes der soziologischen Methode sei also immer eine „Vorentscheidung“ nötig, „ob nämlich die betreffende gesellschaftliche Beziehung überhaupt rechtliche Bedeutung hat“ (ebd.). Insofern unterscheide sich die ‚soziologische Methode in der Privatrechtswissenschaft‘ von der Soziologie, da der spezifisch juristische Gesichtspunkt auf die Untersuchung der Lebensverhältnisse als ‚wirkliches Rechtsleben‘ angewendet werde. Die soziologische Methode ist also nicht wie bei Ehrlich Teil der Soziologie, sondern an die Rechtswissenschaft gebunden.

Soziologische und dogmatische Methode stehen bei Sinzheimer daher nicht in einem Konkurrenzverhältnis, sondern durchdringen sich gegenseitig: Die soziologische Methode hänge in erheblichem Maße von der Rechtsdogmatik ab, ließen sich doch rechtlich relevante Tatbestände und Rechtsdarlegung nicht ohne die Ergebnisse der dogmatischen Methode ermitteln (ebd.: 19). Man könne sie nur vor dem Hintergrund der Angabe des Inhalts der Rechtsordnung betreiben. Letztlich handele es sich auch nicht um eine soziologische, sondern um eine juristische Perspektive:

Es ergibt sich aber auch weiter aus jener Erkenntnis, daß alle gesellschaftlichen Lebensbeziehungen, die Rechtsregeln unterworfen sind, der ausschließlich rechtswissenschaftlichen Betrachtung zugänglich sind. Weil diese gesellschaftlichen Lebensbeziehungen in ihrem Wesen mitbestimmt sind durch rechtliche Regeln, können wir sie nicht nur vom volkswirtschaftlichen, soziologischen, politischen Gesichtspunkt aus betrachten, sondern auch von dem rechtswissenschaftlichen. In dieser Hervorhebung des *rechtlichen* Gesichtspunktes bei der Betrachtung der gesellschaftlichen Lebensbeziehungen, in dieser Behandlung der Gesellschaftsformen als Rechtsformen, liegt die Eigenart der Aufgabe, die der Soziologischen Methode in der Privatrechtswissenschaft gestellt ist. (Ebd. 11, H.i.O.)⁵⁷⁵

574 Der Rekurs auf Stammler ist für Sinzheimer zentral, gilt er ihm doch als Gewährsmann für die Sicht auf das Recht als menschlich gesetzte Regelungen zum Zweck der Ordnung des sozialen Lebens: Das Recht sei „soziale Technik“ (Sinzheimer 1914/15: 381). Dadurch rückt er die Ordnungsfunktion des Rechts in den Vordergrund, die eben eine solche Zweckordnung sei. Auch Sinzheimer setzt also den Zweck zentral (vgl. Blanke 2005: 28f. m.w.N.). V.a. schließt er sich der gesellschaftsfunktionalen Zweckbetrachtung an, was ihm den Rekurs auf Karners/Renners Untersuchung über die „soziale Funktion der Rechtsinstitute“ (1904) ermöglicht.

575 Zu Sinzheimers Entwicklung der Idee der „soziologischen Methode in der Privatrechtswissenschaft“ hin zu einer eigenständigen Rechtssoziologie in Form ei-

Auf der anderen Seite sei die soziologische Methode für die Dogmatik „eine wertvolle Ergänzung“ (ebd.: 19), werde letztere doch durch die Anbindung an die Tatsachen des Lebens gleichsam dynamisiert. Erst die soziologische Methode vermittele dem Juristen eine volle Anschauung des Rechtslebens, indem sie die Rechtswirklichkeit auch jenseits der Rechtsordnung in den Blick rücke: „Die soziologische Methode ergreift nur ein Forschungsgebiet, welches von der dogmatischen Methode nicht in Angriff genommen werden kann“ (ebd.: 10).⁵⁷⁶ Vor allem aber garantiere sie die notwendige Anbindung an das Leben, da einen die soziologische Methode davor bewahre, „das Recht einer Zeit nur aus ihrer Rechtsordnung zu erschließen, der die Rechtswirklichkeit widersprechen kann“ (ebd.: 21; s.a. 1976d [1922]).⁵⁷⁷ Gerade hierin liege das Irritationspotential der Rechtswirklichkeit für die Rechtsdogmatik, die dazu gezwungen sei, auf solche u.U. fundamentalen Herausforderungen – etwa durch die Aussonderung des Arbeitsrechts aus dem Privatrecht – zu reagieren (vgl. Rottleuthner 1986: 234f.).

Darüber hinaus habe die soziologische Methode in der Privatrechtswissenschaft eine besondere Bedeutung für die praktische Seite der Rechtswissenschaft, d.h. für die Rechtsprechung (und letztlich auch für die Gesetzgebung). Da das richterlichen Urteil kein rein logischer Subsumtionsschluss sei, sondern „in der Regel ein soziales, wirtschaftliches, ethisches Werturteil mitspielt“, komme der soziologischen Methode die Aufgabe zu, „diese Werturteile von Willkür und Zufälligkeit zu reinigen und sie, soweit dies möglich ist, auf objektive Grundlage zu stellen“ (Sinzheimer 1976c [1909]:

nes „idealen Realismus“ – u.a. in Auseinandersetzung mit Scheler und Marx – vgl. Seifert 2015; Blanke 2005: 28f., jeweils m.N.

576 Also gilt: „Beide Methoden schließen sich deshalb nicht aus, sondern sie streben, jede auf ihre Art, dem gemeinschaftlichen Ziele zu: den Rechtszustand eines Volkes unter der Herrschaft einer gegebenen Rechtsordnung zu erkennen.“ (Sinzheimer 1976c [1909]: 10).

577 Die Rechtswirklichkeit lässt sich nach Sinzheimer in zwei Schritten ermitteln: zunächst über die Tatbestandsermittlung, d.h. die Rechtsbeziehungen in ihren tatsächlichen Lebenserscheinungen; dann über die Ermittlung der Rechtsregeln, die auf diese Tatbestände angewendet werden. Bestehen diese nicht in der Anwendung existierender Rechtssätze oder -begriffe, würde mittels der soziologischen Methode neues Gewohnheitsrecht bzw. die von den Parteien tatsächlich gewollten Rechtsfolgen ermittelt. Letzteres könne sich aus dem klar artikulierten Willen ergeben, ansonsten aber aus der Interessenlage, die sich über die Entwicklung der gesellschaftlichen Lage und über Wertvorstellungen ermitteln lassen (Sinzheimer 1976c [1909]: 18f.). Sinzheimer hat damit die Untersuchung der tatsächlichen Rechtsgefühle und Rechtsanschauungen im Blick, die noch kein überparteilich existentes Gewohnheitsrecht darstellen.

21). Der Richter entscheide dann nicht mehr ausgehend von „seiner bloßen zufälligen Lebenserfahrung“, sondern gehe bei der Auslegung von objektiven Tatsachen der Rechtswirklichkeit aus (ebd.).⁵⁷⁸

Schließlich folge aus der Integration der soziologischen Methode in die Privatrechtswissenschaft ein Wandel der Privatrechtswissenschaft selbst, da sie dadurch einen Schritt hin zu Positivismus und Entwicklungsdenken mache, wie dies bereits in den übrigen Sozialwissenschaften stattgefunden habe. Denn als Gegenstand der Rechtswissenschaft verliere die Rechtswirklichkeit „den Charakter des Unabänderlichen und Feststehenden; er wird beweglich und veränderlich. Der Entwicklungsgedanke dringt in die Betrachtung ein.“ (Ebd.: 22) Zugleich sei der Blick nicht auf das nach dem Gesetz geltende, sondern das tatsächlich wirksame Recht gerichtet. Das bedeute einen Übergang zum Positivismus (ebd.). Sinzheimer will also – wie Wurzel – die Rechtswissenschaft an die Entwicklungen in den Wissenschaften rückbinden, für die die sich konsolidierende Soziologie ein Beispiel ist – und zugleich diejenige Wissenschaft, an der man sich trotz andersgelagerter Perspektive auf das Recht orientieren müsse. Sei dies der Fall, dann werde die Rechtswissenschaft zugleich ihrer sozialpolitischen Aufgabe gerecht, nämlich der „Formung des sozialen Lebens“ (ebd.: 23).⁵⁷⁹

Wurzel und Sinzheimer sehen in der Hinwendung zur Soziologie bzw. in der Anwendung soziologischer Methoden im Privatrecht eine notwendige Ergänzung der Rechtswissenschaft, die jedoch weder die Dogmatik

578 Während Wurzel, der diese normative Form der rechtlichen Entscheidung herausarbeitet, daraus Schlüsse für den generell normativen Charakter der Rechtswissenschaft zieht, begrenzt Sinzheimer im Jahr 1909 das Problem der Normativität im Recht noch auf die Rechtsanwendung und rückt auf der Ebene der Rechtsdogmatik, die eigentlich wissenschaftliche Arbeit mit dem Recht, das technische Moment in den Vordergrund. Allerdings betont auch er bereits im Jahr 1914, dass die Wertung in der Jurisprudenz unumgänglich und sie daher als „geborene Wertwissenschaft“ zu bezeichnen sei (Sinzheimer 1914/15: 378). Auch für Sinzheimer steht also das Problem der Verhältnisbestimmung von soziologisch ermittelten Tatsachen und der Normativität des Rechts im Mittelpunkt der Überlegungen.

579 Dank der soziologischen Methode könne man nach Sinzheimer nicht nur die sozialpolitischen Aufgaben der Rechtswissenschaft erkennen, sondern diese zugleich im Rahmen der Gestaltung des sozialen Lebens auf eine wissenschaftliche Grundlage stellen. Aufgrund dieser Annahme liegt nach Rottleuthner bei Sinzheimer der Schwerpunkt nicht auf der Entwicklung einer methodischen Hilfestellung für die Rechtsanwendung, sondern auf der Rechtsgestaltung, und hier insbesondere auf der legislativen Schaffung neuen Rechts – also weniger „soziologische Methode“ als „soziale Jurisprudenz“ (Rottleuthner 1986: 235; s.a. Seifert 2015: 421f.).

verdrängt noch ihr den Wissenschaftscharakter abspricht. Für beide bewirkt diese Hinwendung die Anbindung der Rechtswissenschaft an das tatsächliche Leben. Und für beide ermöglicht sie eine wissenschaftliche Fundierung der unumgeharen Wertungen im richterlichen Urteil, ohne aber diese Wertungen obsolet zu machen.⁵⁸⁰ Das zentrale Problem besteht also in der Frage nach dem Verhältnis von Tatsachen und Normativität des Rechts und im Recht – ein Problem, das, wie Sinzheimer betont, in Analogie zur Werturteilsdebatte in der Nationalökonomie steht (Sinzheimer 1914/15: 379).

Man hat es dabei mit einer innerjuristischen Problemlage zu tun, die bei Sinzheimer in der Begrenzung des Gegenstandes der soziologischen Methode durch die Rechtswissenschaft seinen Ausdruck findet: Die „soziologische Methode in der Privatrechtswissenschaft“ ist eine Methode der Juristen, die sich ohne juristische Kenntnisse nicht betreiben lässt. Es geht also um Tatsachen, die für das Recht relevant sind. Genau diesem Gedanken gibt Arthur Nußbaum ein Jahr nach Erscheinen der *Grundlegung der Soziologie des Rechts* von Ehrlich einen prominenten Namen: „Die in die Jurisprudenz gehörigen Tatsachen kennzeichnen sich vielmehr durch ihre spezifisch juristische Färbung; will man sie mit einem Schlagwort bezeichnen, so wird dafür vielleicht der Ausdruck Rechtstatsachen gewählt werden können.“ (Nußbaum 1914: 7f.)⁵⁸¹ Auch Nußbaum gewährt der Rechtsdogmatik Vorrang vor den Tatsachenerkenntnissen, erfolge doch die Auswahl solcher Tatsachen „lediglich nach den Bedürfnissen der Rechtslehre selbst, also nach spezifisch juristischen Gesichtspunkten“ (ebd.: 6).

Nußbaums Eintreten für eine juristisch bestimmte Rechtstatsachenforschung erfolgt vor dem Hintergrund der Definition der Rechtswissenschaft als eine Wissenschaft, die den „rein praktischen Zweck“ habe, der Rechtsanwendung zu dienen (Nußbaum 1906: 16). Aus diesem Grund habe sie es nur mit Normen im normativen Sinne zu tun: Sie betrachte – wie Nußbaum schon im Jahr 1906 feststellt – den Rechtssatz „nur als Norm, nicht als kausal bedingte Tatsache des geistig-sozialen Lebens“ (ebd.: 4). Da Normen niemals Naturgesetze seien, könnten „die Methoden der naturwissenschaftlichen Forschungen, überhaupt aller Ursachenforschung, [...]

580 Letztlich wird nicht ganz klar, inwieweit hier das Sollen aus dem Sein folgen soll – auch wenn die Sollensentscheidung auf der Ermittlung des Seins aufbaut. Geschieht dies bei Wurzel im Rahmen der Projektionen, so betont Sinzheimer eher die Rolle im Rahmen der Tatbestandsermittlung (vgl. Sinzheimer 1976c [1909]: 20f.).

581 Zum Problem der Begriffsbestimmung der Rechtstatsachen vgl. Reh binder 1995: 43ff.

nicht die Methoden der Jurisprudenz sein“ (Nußbaum 1914: 5f.). Aber auch die Kulturwissenschaft (nach Rickert) scheide als Vorlage aus, da sie versuche, „auf induktivem Wege die Erscheinungen miteinander [zu] verknüpfen“ (Nußbaum 1906: 10). Ganz anders verfare jedoch die Jurisprudenz in ihrer „methodologischen Sonderstellung“:

Ihr Gegenstand ist nicht die Wirklichkeit, nicht das Sein, sondern das Sollen; die Frage nach der kausalen Verknüpfung kann hier überhaupt nicht entstehen. Das Recht als ursächlich bedingte Tatsache des geistigen und sozialen Lebens zu betrachten fällt, wie wir gesehen haben, nicht der Jurisprudenz, sondern andern Disziplinen anheim. Die juristische Theorie kann nichts weiter wollen als den Inhalt des ihr gegebenen positiven Rechts näher bestimmen. Dies geschieht und kann nur geschehen, wie dargelegt, auf deduktivem Wege, nämlich durch Umformung eines an sich schon gegebenen, aber unvollkommen gefaßten Denkinhaltes. (Ebd.)

Obwohl Nußbaum „juristische Denkformen“ damit durch das herkömmliche Methodenarsenal der Subsumtion, Auslegung und Konstruktion gekennzeichnet sieht und darin die „wichtigsten Hebel aller Rechtsfindung“ erkennt (Nußbaum 1914: 6), sieht jedoch auch er das Manko des mangelnden Lebensbezugs der Privatrechtswissenschaft. Um dieses zu überwinden, könne man jedoch nicht auf eine letztlich den methodologischen Grundsätzen des juristischen Denkens widersprechende „soziologische Jurisprudenz“ (womit er Fuchs und Ehrlich meint; s. a. Nußbaum 1908) rekurrieren, sondern müsse die spezifische „Technik“ der juristischen Denkform (vgl. Nußbaum 1906: 16) durch Tatsachenkenntnis ergänzen:

Was man nicht genügend beherzigt hat, ist nur, daß *daneben* in die Jurisprudenz und Lehre auch ein bestimmter Komplex von induktiv zu erforschenden Tatsachen hineingehört. Es sind dies, wie wir zunächst ganz allgemein sagen können, diejenigen Tatsachen, deren Kenntnis für ein volles Verständnis und eine sachgemäße Anwendung der Normen erforderlich ist. (Nußbaum 1914: 6; H.i.O.)

Das spezifisch juristische Denken werde durch diese Tatsachenerkenntnisse nicht geändert, auch wenn der Lehrstoff durch Heranziehung der Rechtstatsachen belebt werde „sowie fruchtbare Problemstellungen für die wissenschaftliche Einzelarbeit zu gewinnen“ seien (ebd.: 8). Insofern stelle die Forderung nach der Rechtstatsachenforschung auch „kaum noch etwas wesentlich Neues“ dar (ebd.). Schon damals sei es offensichtlich ein Gemeinplatz gewesen, den „Zweck im Recht“ zu berücksichtigen (vgl. Nußbaum 1906: 9) und im Lehrvortrag die tatsächlichen Verhältnisse heranzu-

ziehen. Am „Wesen“ der Jurisprudenz als „die den Inhalt des objektiven Rechts entwickelnde“, d.h. als „dogmatische Jurisprudenz“ (ebd.: 5) in ihrer spezifischen Technizität, ändere dies jedoch nichts.⁵⁸²

Nußbaum zielt darauf, die Autonomie des Rechts gegenüber der Soziologie (und anderen tatsachenorientierten Wissenschaften) zu sichern, ohne dabei eine induktiv ermittelte Erkenntnis des Rechtslebens (Zwecke des Rechts, Wirkung, Prozesstypen, Anwendungshäufigkeiten etc.) zu vernachlässigen. Disziplinen, die solche Erkenntnisse lieferten, käme aber allenfalls der Status einer „Hilfsdisziplin“ zu (ebd.: 5). Aufgrund der methodologischen Wesensdifferenz zur Jurisprudenz können sie nach Nußbaum weder direkte (wie bei Kornfeld, Ehrlich, aber auch Fuchs, Gmelin und Wüstendörfer) noch indirekte methodische Auswirkungen (wie letztlich bei Wurzel und Sinzheimer) zeitigen. Nußbaum will die Jurisprudenz durch die auf die Rechtstatsachen gerichteten Einzelforschungen ergänzen, wie er und weitere Autoren sie in der Folge betreiben werden.⁵⁸³ Diese Ergänzung sei aber letztlich Sache der Juristen, die die Bestimmungslosigkeit darüber hätten, welche Tatsachen relevant seien.⁵⁸⁴

1.4 Rechtssoziologie als „Zwischenwissenschaft“

Kantorowicz geht es wie Nußbaum in der Frage der Verhältnisbestimmung von Soziologie und Jurisprudenz nicht um die Soziologie an sich, sondern um den gegenstandsgebundenen Teil der Soziologie, der sich mit dem Rechts befasst, kurz: die Rechtssoziologie. Ausgangspunkt bildet nun nicht der Methodendualismus (Jellinek), sondern eine Dreiteilung der Wissenschaften.⁵⁸⁵

582 Insofern ist nicht verwunderlich, dass Nußbaum von der „Lückenlosigkeit“ des Rechts ausgeht, derzufolge über theoretisch-systematische Arbeit auch für neuartige Konstellationen Lösungen im positiven Recht gefunden werden können: „Das positive Recht ist nun erschöpfend in dem Sinn, daß aus ihm für jeden möglichen Rechtsfall eine Entscheidung abgeleitet werden kann, daß mithin jeder mögliche Fall eine Norm findet, unter welche er gehört.“ (Nußbaum 1906: 6) Allerdings umfasst sein Begriff des positiven Rechts auch außergesetzliches Recht wie etwa das Gewohnheitsrecht (vgl. ebd.).

583 Vgl. hierzu die Literaturangaben bei Röhl 1974: 6f.

584 Zur Diskussion darüber, ob die Rechtstatsachenforschung damit ausschließlich eine „juristische Disziplin“ sei, vgl. Rehinder 1995: 36ff. m.w.N.

585 Bei Kantorowicz ist eine Entwicklung hin zu dieser Dreiteilung erkennbar (vgl. Saliger 2007: 93ff.). So vertritt er in seiner Kritik des Methodendualismus (nach etwa Jellinek) im Jahr 1906 noch die Position einer Verbindung der beiden Kul-

Im Anschluss an Rickerts Wissenschaftstheorie bestimmt Kantorowicz die Soziologie als eine empirische Kulturwissenschaft mit generalisierender Begriffsbildung (Kantorowicz 1911a: 296). Ihre Gegenstände wähle sie kulturwissenschaftlich aus, d.h. „nach dem Maße ihrer Bedeutung für die Kultur“ (Kulturwerte, Kantorowicz 1923: 81). Die Soziologie sei jedoch – wie er im Jahr 1923 schreibt – „die systematische und theoretische Wissenschaft von der Wirklichkeit der Gesellschaften“ (ebd.: 75): Als systematische „Wirklichkeitswissenschaft“ (ebd.: 80) bilde sie generalisierende Begriffe, als theoretische mag sie zwar Erkenntnisse für praktische Entscheidungen liefern, erfülle aber keine praktischen Zwecke und wertet daher trotz ihres Bezugs auf Kulturwerte selbst nicht.⁵⁸⁶

Die „dogmatische Jurisprudenz“ dagegen, die „Lehre vom Inhalte und System der Rechtsnormen“, steht außerhalb des Rickert'schen Schemas der Unterscheidung von Natur- und Kulturwissenschaften, „da sie, wie wir nach Ueberwindung der alten rationalistischen Rechtswissenschaftstheorie leicht erkennen, nicht – theoretisch – auf Werte beziehend verfährt, sondern – als Normwissenschaft – selber wertet (und zwar stets unter generalisierendem Verfahren)“ (Kantorowicz 1911a: 297).⁵⁸⁷ Die Spezifik des juristischen Denkens bestehe darin, dass sie „nicht eine kausale, sondern eine teleologische, nicht eine empirisch-soziologische, sondern eben eine juristisch-normative Operation darstellt, nicht nach dem Warum, sondern nach dem Wozu fragt“ (ebd.: 304).

turwissenschaften Jurisprudenz und Soziologie: Da Sollen Wollen sei, gebe es noch keine „prinzipielle[] wissenschaftstheoretische[] Unterscheidung“ zwischen den Disziplinen. Vielmehr gelte: „[E]in Zusammenwirken der Jurisprudenz mit Psychologie einerseits, Sozialwissenschaft andererseits wird daher als zwischen verwandten Wissenschaften von den meisten Vertretern der freirechtlichen Bewegung mit gutem Grund erstrebt.“ (Kantorowicz 1906: 34) Demgegenüber vertritt er in seinem Vortrag am ersten Soziologentag eine dreigeteilte wissenschaftstheoretische Unterscheidung, die er ausgehend von seiner Kritik am Methodendualismus (vgl. Kantorowicz 1911a: 303) erst in seiner *Erinnerungsgabe* an Weber in aller Deutlichkeit ausformuliert (vgl. Kantorowicz 1923: 84).

586 Diese Problematik hat Weber insbesondere in seinen Stellungnahmen zur Objektivität der kulturwissenschaftlichen Erkenntnis bzw. zur Werturteilsfreiheit behandelt (s.u. § 8), auf die sich Kantorowicz in seinem Beitrag zu Webers *Erinnerungsgabe* bezieht.

587 Ihr methodisches Mittel ist dabei, wie er v.a. später ausführt, die Ermittlung des Sinns (vgl. Kantorowicz 1923: 93). Das führt ihn zur Verabschiedung des Kantischen Dualismus von Sein und Sollen zugunsten eines Trialismus, da jeder Gegenstand der Erkenntnis auf drei grundlegend verschiedene Weisen betrachtet werden könne: als Bestandteil der Wirklichkeit (Da-Sein), als objektives Sinngebilde (So-Sein) und als Wert (Sollen-Sein).

Von Rechtssoziologie spricht Kantorowicz nun dann, „*wenn das soziale Leben auf seine Beziehung zu den Rechtsnormen hin untersucht wird*“ (Kantorowicz 1911a: 276, H.i.O.). Sie ist einerseits Teil der Soziologie und gehört damit zu den empirischen Wissenschaften mit generalisierender Begriffsbildung. Andererseits muss sie sich aufgrund ihres Gegenstandes auf den Kulturwert der Rechtsordnung beziehen:

Der Kulturwert nun, an dem die ganze Jurisprudenz in allen ihren Teilen (Rechtsdogmatik und Rechtssoziologie, Rechtshistorie und Rechtspolitik) orientiert ist, ist [...] die Gesamtheit der von einer bestimmten Rechtsordnung verfolgten Zwecke. An diesem Kulturwert muß sich daher auch die Rechtssoziologie orientieren. (Ebd.: 295)

Dabei ist die Rechtswissenschaft nach Kantorowicz in eminenter Weise auf die Rechtssoziologie angewiesen. Denn die Frage, ob man auf einen nicht gesetzlich geregelten Fall einen Rechtssatz analog anzuwenden habe, könne man nur mit Blick auf den Zweck der Norm klären. Denn schon aus rein rechtstechnischer Sicht gelte: „Nur soweit der Zweck der gleiche bleibt, so weit ‚*eadem ratio iuris*‘ reiche, so weit gelte die Analogie.“ (Ebd.: 280) Die „Erforschung eben dieser Zwecke und Bedürfnisse“ müsse und könne aber letztlich nur „auf soziologischem Wege geschehen“ (ebd.: 287). Denn sie sei aus der (durchschnittlichen) Wirkung des Gesetzes im sozialen Leben herzuleiten: „*Zweckforschung im Rechtssinn setzt also voraus eine Tätigkeit auf dem Gebiet der Rechtssoziologie [...]*“ (Ebd.: 281, H.i.O.)⁵⁸⁸ Damit sei offensichtlich, „daß die Soziologie nicht nur gelegentlich herangezogen werden darf, wie dies stets geschah, sondern als die *vornehmste Hilfswissenschaft der dogmatischen Jurisprudenz*, deren Arbeit [sie, D.S.] Punkt für Punkt vorbereiten und ergänzen muß“ (ebd.: 287, H.i.O.).

Damit überantwortet Kantorowicz also keinesfalls die Rechtswissenschaft der Soziologie. Denn die unerlässliche Hinwendung zur soziologischen Tatsachenforschung ändert für ihn letztlich nichts am Wissenschaftscharakter der Rechtswissenschaft. Im Gegenteil: Gerade die Berücksichtigung des Zwecks bewirke, dass sich nun tatsächlich der normativen Seite des Rechts zugewendet werde. Denn aus der Zweckperspek-

588 Man muss nach Kantorowicz untersuchen „welche Wirkungen im sozialen Leben das zu interpretierende Gesetz, genauer: die Anwendung dieses Gesetzes, im Durchschnitt der Fälle hervorruft oder hervorzurufen geeignet ist. Aus denjenigen unter diesen regelmäßigen Wirkungen, wobei es sich stets um den Schutz irgendwelcher Interessen handeln wird, welche im Sinne des Gesetzes als wertvoll anzusehen sind, müssen die Zwecke des Gesetzes erschlossen werden.“ (Kantorowicz 1911a: 281).

tive gelte, dass die Jurisprudenz keinesfalls „*wie bisher als Wortwissenschaft zu betreiben ist, ihr Geschäft sich nicht in der Auslegung von feststehenden Wörtern erschöpft*“, sondern eine Wertwissenschaft ist, im Dienste von Zwecken des sozialen Lebens steht“ (ebd.: 286f., H.i.O.). Auch wenn die Rechtssoziologie für Kantorowicz die Anbindung der Rechtswissenschaft an das Leben gewährleistet, widersetzt er sich jeglichen Versuchen der Soziologisierung der Rechtswissenschaft:

Der richtige Weg ist also auch hier der kritische: der sich gleich weit entfernt hält von der alten Buchjurisprudenz, die den Tatsachen des Lebens überhaupt keine Beachtung schenkt, alle Jurisprudenz als totes Rechnen mit starren Begriffen auffaßt, und von modernen Uebertreibungen, die den Charakter der Jurisprudenz als einer Normwissenschaft verkennen. Dogmatik ohne Soziologie ist leer, Soziologie ohne Dogmatik ist blind. (Ebd.: 303)

Oder wissenschaftstheoretisch formuliert: Selbst wenn man sich mittels der Rechtssoziologie auf Werte bezieht, ändert das nach Kantorowicz nichts daran, wie „völlig verfehlt es ist zu meinen, die Jurisprudenz könne je durch Soziologie ersetzt werden“ (ebd.: 297). Denn sie wertet nach wie vor selbst – auch wenn sie sich dafür die rechtssoziologischen Erkenntnisse der theoretischen Beziehung zu Werten zu eigen macht.

Daher liegt für Kantorowicz trotz der Aufwertung der Soziologie im Rahmen der juristischen Arbeit die Kompetenz zur wissenschaftlichen Problemdefinition weiterhin in der Hand der Rechtswissenschaftler: „Die Rechtssoziologie jedenfalls wird [...] fruchtbringend nur von Fachmännern der Jurisprudenz, gewissermaßen im Nebenamt, betrieben werden können.“ (Ebd.: 278) Nur aus dogmatischer Sicht könne bestimmt werden, welche soziologischen Erkenntnisse für die Rechtswissenschaft von Relevanz seien. Die Rechtssoziologie gehöre zwar zu den „Grenzgebiete[n]“, die „von mindestens zwei Seiten her betreten werden können“ (Kantorowicz 1923: 91). Aber obwohl sie damit bei Kantorowicz eine Art vermittelnde Zwischenwissenschaft zwischen zwei wesensfremden Wissenschaften darstellt, steht sie doch unter der Ägide der Rechtswissenschaft. Sie ist und bleibt juristische Hilfswissenschaft, deren Arbeit von den Juristen und nicht den „Soziologen vom Fach“ zu erledigen sei (Kantorowicz 1911a: 278; s.a. 1923: 93ff.).

1.5 Der „juristische Werturteilstreit“: Soziologie, Norm und Werturteil

Die Befürworter einer Hinwendung der Rechtswissenschaft zur Soziologie schwanken zwischen einer radikalen Soziologisierung der Rechtswissenschaft (Kornfeld), einer wissenschaftlichen Fundierung der Jurisprudenz als Technik bzw. Kunstlehre in der Soziologie (Ehrlich), einer notwendigen Ergänzung der Rechtswissenschaft durch die Erforschung des Seins mittels der soziologischen Methode (Sinzheimer, Nußbaum) sowie dem Entwurf der Rechtssoziologie als „Zwischenwissenschaft“ zwischen Soziologie als Seinswissenschaft und Rechtswissenschaft als Sollenswissenschaft (Kantorowicz).

Diese Bestimmungsversuche der Rolle der Soziologie für und in der Rechtswissenschaft hängen davon ab, was man unter ‚Soziologie‘ versteht. Darüber besteht jedoch keinerlei Einigkeit. Für manche hat es die Soziologie mit der Erforschung und Klarstellung rein positiv gegebener und daher äußerlicher Tatsachen zu tun (vgl. Kornfeld). Sie sei analog der Naturwissenschaften eine „Beobachtungswissenschaft“ bzw. eine „Erfahrungswissenschaft“. Dabei verfahre sie rein induktiv-deskriptiv, stelle ursächliche Zusammenhänge dar (vgl. Ehrlich, Fuchs, Gmelin, Spiegel, aber auch Szirtes 1916; im Ergebnis letztlich auch Kelsen, s.u. IV.2) und arbeite explikativ (Wurzel). Und selbst wenn man wie Kornfeld, Spiegel und Wurzel die Definition der Soziologie als Naturwissenschaft mit dem Hinweis auf die Zweckhaftigkeit des Rechts bzw. die Eigenlogik des menschlichen Handelns bestreitet, so hat das nicht zur Folge, dass man einem kausalen Denken *in toto* abschwören muss. Allerdings zeigen sich die Regeln und Regelmäßigkeiten nicht mehr als kausale Notwendigkeiten und exakte Gesetze, sondern als Erfahrungswerte, die Wahrscheinlichkeiten statuieren (Kornfeld). Letztlich zeichne sich die Soziologie durch ihren entwicklungsgeschichtlichen Ansatz sowie ihrem Positivismus aus (Sinzheimer) – auch wenn daraus nicht unbedingt zu folgern ist, dass die Rechtswissenschaft im engeren Sinne davon betroffen sei (v.a. Nußbaum).

Dem treten diejenigen Rechtswissenschaftler entgegen, die die Soziologie nicht der kausalgesetzlich verfahrenen Naturwissenschaft, sondern ihrem wissenschaftstheoretischen Gegenstück, den Kulturwissenschaften, zuordnen (vgl. Wüstendörfer, Kantorowicz).⁵⁸⁹ Sie sei wertbeziehende

589 Sternberg gehört zu den wenigen Privatrechtswissenschaftlern, die die Soziologie (und darüber die Rechtswissenschaft) in der Dilthey'schen Tradition als Geisteswissenschaft bestimmen – und zwar unter Bezugnahme auf die Abgrenzung vom naturwissenschaftlichen Kausalgesetz, d.h. „ursächlicher Gesetzmäßigkeit“, und menschlichem Zweckgesetz als „teleologische Gesetzmäßigkeit“ (Sternberg

Seins-Wissenschaft (Wüstendörfer) bzw. systematische und theoretische Wirklichkeitswissenschaft (Kantorowicz), die entweder, als heuristisches Prinzip verstanden, die Wechselbeziehungen zwischen den verschiedenen funktionellen Seiten der Gesellschaft behandle bzw. als Wissenschaft von der Kultur genuin kulturwissenschaftlich verfare, indem sie Gegenstände nach dem Maß ihrer Bedeutung für die Kultur auswähle.

Den unterschiedlichen Auffassungen über das Wesen der Soziologie entsprechen dabei keine eindeutigen Positionen in den Bestimmungsver suchen der Rolle der Soziologie für die Rechtswissenschaft: So wie eine genuin juristische „soziologische Methode“ sowohl über ein naturwissen schaftliches bzw. kausalwissenschaftliches Verständnis der Soziologie (Fuchs, Gmelin) als auch über eine neukantianisch inspirierte Kulturwert lehre entwickelt wird (Wüstendörfer), so wird mit dem Verweis auf den normativen Charakter der Rechtswissenschaft aus beiden Perspektiven die Wesensfremdheit der Jurisprudenz zur Soziologie festgestellt, und doch (oder gerade deshalb) für eine Hinwendung zur Soziologie plädiert (Ehrlich, Sinzheimer, Nußbaum, Kantorowicz). Aus einer kausalwissenschaftlichen Bestimmung der Soziologie folgt allenfalls die Tendenz, der Rechts wissenschaft im herkömmlichen Sinne die Wissenschaftlichkeit abzuspochen (Kornfeld, Ehrlich), wobei es aber auch hier Vertreter gibt, die die Rechtswissenschaft als anders gelagerte Wissenschaft verstehen (Wurzel, Nußbaum).

Trotz dieser grundlegenden Divergenzen sowohl in Herleitung als auch in Funktionsbestimmung der Soziologie ist allen Positionen gemein, dass sie diese neue Wissenschaft über die Tatsachenorientierung – sei es als Beobachtungs- und Erfahrungswissenschaft, sei es als empirische Kulturwis senschaft – charakterisieren, die sich jenseits einer deduktiv verfahrenen dogmatischen Arbeit der Rechtswissenschaft im herkömmlichen Sinne be wegt.⁵⁹⁰ Das ist das Proprium einer wie auch immer gearteten „soziologi schen Rechtswissenschaft“, und das ist der Grund, weshalb man sich ihr in der Kritik der Lebensferne der Begriffsjurisprudenz zuwendet.

Dieses Proprium entfaltet sich angesichts einer bestimmten Problemla ge: Angesichts der Herkunft der Debatte aus dem juristischen Methoden-

1904: 146). Zu den Verwendungsweisen und Definitionen von Geisteswissen schaft im staatswissenschaftlichen Diskurs siehe die Hinweise unten in § 5.IV.2.1.

590 Zu diesem Streit über Induktion und Deduktion in den Rechtswissenschaften s. etwa auch Ofner 1913; kritisch zu dieser Abwertung der Deduktion im Recht seitens der Freirechtler und Rechtssoziologen äußert sich der Völkerrechtler Heinrich Rogge 1917/1918.

streit erweist es sich als notwendig, auf die Frage der juristischen Entscheidung im Urteil zu antworten. Daher wird gerade die Normativität des Rechts (respektive der Rechtsentscheidung) zur eigentlichen Problematisierungsweise, auf das die wie auch immer gefasste Tatsachenorientierung durch die Hinwendung zur Soziologie reagieren muss. Diese soll ermöglichen, eine Tatsachenerkenntnis auf wissenschaftlich gesicherten Weg zu gewinnen und daher das unausweichliche Werturteil im Urteil entweder ganz, teilweise, vorbereitend oder ergänzend auf eine objektive Grundlage zu stellen.

Dabei wird eine Kontinuität mit der überkommenen Rechtswissenschaft gesehen, indem das auf dem Repräsentationsdispositiv aufbauende funktionale Zweckdispositiv strategisch wiederaufgeladen wird: So ist etwa für Kantorowicz oder Ehrlich offensichtlich, dass die Rechtsentstehungslehre der Historischen Rechtsschule als eine soziologische Rechtsentstehungslehre zu behandeln sei. Sie sehen – trotz aller vernichtenden Kritik an der Volksgeistlehre und der Gewohnheitsrechtstheorie (vgl. etwa Kantorowicz 1912b [1911], 1912a; Ehrlich 1913: 11ff.) – in Savigny den Vorläufer der Rechtssoziologie bzw. der Soziologie des Rechts (vgl. Kantorowicz 1923: 95; Ehrlich 1986d [1906]: 101, 1986c [1913/14]: 193). Dass es sich um gesellschaftlich gewachsenes Recht handle, wird als Ausgangspunkt einer soziologischen Untersuchung gesehen. Zugleich wird aber im Diskurs die Zweckorientierung des Rechts zentral gesetzt: Das gilt nicht nur für die Anhänger einer Theorie des Rechts, die es angesichts der Interessenkämpfe in der Gesellschaft über seine gesellschaftliche Konfliktlösungs- und damit Ordnungsfunktion bestimmen (etwa Heck et. al.; aber auch Fuchs, Gmelin, Wüstendörfer, s.o.). Vielmehr gehört es nun für viele zu einer Selbstverständlichkeit, dass das Recht einen Zweck hat und Rechtserkenntnis nur über Zweckerkenntnis erfolgen kann (vgl. etwa Nußbaum 1906: 9; Kantorowicz 1992 [1911]: 268; Kornfeld 1911: 18; Baumgarten 1929: 16ff.; zu Ehrlich vgl. Vogl 2003: 328ff.).

Wenn trotz solcher Übereinstimmungen mit Blick auf den Zweck des Rechts bzw. im Recht gänzlich unterschiedliche Positionen vertreten werden, so hat dies mit dem zugrunde gelegten Normbegriff zu tun: Auf der einen Seite wird der Charakter der rechtlichen Norm als Regel, Regelmäßigkeit, als allgemeines Gesetz des menschlichen Zusammenlebens respektive als empirisches Gesetz des menschlichen Verhaltens oder als Ordnungsnorm hervorgehoben (etwa Gmelin, Wurzel, Kornfeld, Ehrlich). Davon ausgehend wird der Zweck im Recht als gesellschaftlicher bzw. sozialer Zweck angesehen (etwa Kornfeld, Wüstendörfer, Gmelin). Daher erscheint es möglich, über die Bestimmung des gesellschaftlichen bzw. sozialen Zwecks oder der sozialen Zwecke zu soziologisch fundierten gerechten

Urteilen zu gelangen, die eine Kongruenz von normativem Urteil und gesellschaftlichen Interessenlagen herbeiführen sollen – sei es über eine kausalwissenschaftlich begründete Gerechtigkeitswissenschaft (etwa Fuchs), über die Synthetisierung von Sein und gesellschaftlichem Sollen im Urteil (Wüstendörfer), über die Fundierung der Sollensentscheidung in der soziologischen Erkenntnis der notwendigen Anpassung an die gesellschaftliche Lage (Ehrlich, aber auch Sternberg 1904) oder aber über die Orientierung der Rechtswissenschaft an den Fortschritten der Wissenschaft insgesamt, wie sie gerade in der sich etablierenden Soziologie ihren Ausdruck finden (Wurzel, Sinzheimer).

Dem wird ein Normbegriff entgegengehalten, der im Zweck eine reine Wertentscheidung sieht, die nicht über irgendeine Kausalität hergeleitet werden könne (etwa Nußbaum, Heck). Die Norm erscheint in diesem Falle als Gebot, Imperativ, Befehl. Zwecke im Recht werden dementsprechend als ein Telos bestimmt, als eine normative Entscheidung bzw. sind normativ zu verstehen. Über seins-tatsächliche Forschung könne man nicht zu Sollensentscheidungen gelangen. Folglich erscheint die Soziologie als etwas anderes als Rechtswissenschaft und könne allenfalls als Ergänzung (Nußbaum), als Hilfsdisziplin (Heck) oder aber in vermittelter Form als Zwischendisziplin (Kantorowicz) angesehen werden.

Vor diesem Hintergrund zeigt sich in den Bestimmungsversuchen der Rolle der Soziologie in der Rechtswissenschaft – wie schon Sinzheimer betont – eine ähnliche Problemlage wie im Werturteilsstreit in der Nationalökonomie, allerdings unter umgekehrten Vorzeichen: Es geht nicht darum, ob und, wenn ja, wie man aus Tatsachenerkenntnissen Werturteile gewinnen könne. Vielmehr ringt man angesichts des unausweichlichen Werturteils im richterlichen Urteil darum, wie man Tatsachenerkenntnisse in die Rechtswissenschaften integrieren kann, um den Lebensbezugs des Rechts zu gewährleisten. Die Umkehrung des Werturteilsstreits besteht darin, dass nicht Werturteile bekämpft bzw. aus der Wissenschaft ausgesondert werden, sondern der Kampf sich gegen den Ausschluss der wertenden Aspekte des Rechts, des Rechts als Normenordnung im normativen Sinne – und damit der normative Charakter der Rechtswissenschaft – richtet. Daher geht es, anders als im ökonomischen Werturteilsstreit, nicht darum, gegen die „Gefahren“, Fehler oder wissenschaftlich nicht haltbaren Positionen einer Nationalökonomie anzuschreiben, die sich als historisch-ethische Wissenschaft begreift. Als Abgrenzungshorizont erscheint vielmehr die radikale Forderung des Ausschlusses der Normativität des Rechts durch die Hinwendung zur Soziologie. Wenn nämlich Kornfeld mit dem Entwurf einer Rechtslehre auf soziologischer Grundlage gegen das „Dogma von dem normativen Wesen des positiven Rechtes“ (Kornfeld 1911:

III) anschreibt, indem er das Recht nicht als Norm, sondern als gesellschaftliche Regelmäßigkeit bestimmt, so entgegnet ihm selbst Ehrlich, dass die Theorie (Soziologie des Rechts) die normative Praxis (Jurisprudenz) nicht verdrängen könne, sondern dass man sie unterscheiden müsse. Wurzel, Sinzheimer, Nußbaum und Kantorowicz halten diesen Ansätzen entgegen, dass die Rechtswissenschaft sehr wohl eine eigenständige Form der Wissenschaft sei, ob als normativ arbeitende „praktische Disziplin“ (Wurzel), als systematisch-dogmatisch verfahrenende „praktische Wissenschaft“, deren Urteile immer auch auf Werturteilen beruhe und daher als Wertwissenschaft zu qualifizieren sei (Sinzheimer 1914/15: 378), oder ob als Wissenschaft, die rein praktischen Zwecken diene und angesichts ihres Gegenstandes, den Normen im normativen Sinne, eine methodologische Sonderstellung aufweise (Nußbaum) bzw. als Normwissenschaft selber wertet (Kantorowicz). Vor diesem Hintergrund eines unhintergehbaren Bezugs zu Normativität und Wertung in der Rechtswissenschaft lässt sich dann die Rolle der Soziologie bestimmen: Sein und Sollen werden über Projektionen vermittelt (Wurzel), die Jurisprudenz wird durch soziologische Forschung befruchtet (Wurzel, Sinzheimer) bzw. irritiert (Sinzheimer, letztlich auch Nußbaum), und das Werturteil werde in der Folge möglichst weitgehend entsubjektiviert (Sinzheimer, Wurzel). Oder aber es handele sich bei der Soziologie um eine Hilfsdisziplin, die die Jurisprudenz ergänze und Erkenntnisse für das bessere Verständnis der Normen liefere (Nußbaum, Heck), bzw. sei die Rechtssoziologie eine Zwischenwissenschaft, die die Wirklichkeit des sozialen Lebens mit Bezug auf den Kulturwert des Rechtszwecks generalisiere (Kantorowicz).

All diese Ansätze, die ja für eine Hinwendung der Rechtswissenschaft zur Soziologie plädieren, greifen den Versuch einer rein tatsächlichen Fundierung des Rechts an, der in die Verkündung der Möglichkeit einer rein wertfreien Rechtswissenschaft als Soziologie mündet. Widersprochen wird dem Reduktionismus von Normativität auf Faktizität und von Rechtswissenschaft auf bloße empirische Sozialwissenschaft. Im Mittelpunkt der Überlegungen steht daran anschließend die Verhältnisbestimmung von soziologisch ermittelten Tatsachen und der Normativität des Rechts. Daher wird die Normativität auch für die Vertreter soziologischer Forschung in der Rechtswissenschaft zur Problematisierungsweise dieses Verhältnisses. Oder anders formuliert: Nicht die Faktizität, sondern die Normativität des Rechts bzw. des richterlichen Urteils ist das eigentliche Problem, an dem sich mit der Frage nach der Rolle der Soziologie in der Rechtswissenschaft abgearbeitet wird.

2. Das Wesen der Rechtswissenschaft

Kantorowicz' Überlegungen v.a. zum Verhältnis von *Rechtswissenschaft und Soziologie* im Jahr 1910 verdeutlichen die Eigenart des rechtswissenschaftlichen Diskurses angesichts der Frage der Anbindung an das gesellschaftliche Leben: Nicht die Herleitung der Soziologie über die Auseinandersetzung mit dem Gesellschaftsbegriff steht im Vordergrund, die – wie bei Jhering – an der Bestimmung des epistemischen Dings ‚Gesellschaft‘ ansetzen würde. Dass das Recht ein gesellschaftliches Phänomen sei bzw. gesellschaftliche Funktionen habe steht außer Frage. Dies erscheint nicht begründungsbedürftig und bildet daher nicht das Problem, um das gestritten wird. Vielmehr geht es um eine wissenschaftstheoretische Auseinandersetzung mit den Disziplinen und ihre daraus folgende Verhältnisbestimmung – ein Terrain, auf dem sich zunehmend auch die Philosophie bzw. die Rechtsphilosophie einschaltet. Denn das Bestimmungsproblem der Rolle der Soziologie resultiert nicht nur aus der Unsicherheit, was man unter der Soziologie oder der soziologischen Methode zu verstehen, sondern ebenso aus dem Streit darüber, wie man die Rechtswissenschaft zu fassen habe. Und auch hier besteht keinerlei Einigkeit über Wesen und Charakteristikum der Rechtswissenschaft als Wissenschaft.

2.1 *Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft, Kulturwissenschaft oder Normwissenschaft*

Auf der einen Seite stehen diejenigen Wissenschaftler, die die Rechtswissenschaft selbst als eine Form der Sozialwissenschaft respektive Soziologie bestimmen. Nur dadurch lasse sich die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft garantieren, was etwa für Kornfeld (und letztlich auch Ehrlich) einen Rekurs auf die Wissenschaftlichkeit der Naturwissenschaften bedeutet.⁵⁹¹ Diese Perspektive führt dann entweder zur Forderung eines Ausschlusses der herkömmlichen rechtsdogmatischen Methode aus den eigentlichen Rechtswissenschaften (etwa Spiegel, Kornfeld), zur Reduktion der Jurisprudenz auf eine Kunst bzw. Technik (Ehrlich), oder aber zur Markierung einer Differenz zwischen einer empirisch-induktiven und einer genuin juristischen, d.h. normativ-deduktiven Betrachtung des Rechts, die diese Formen der Sozialwissenschaft in der „soziologischen Jurisprudenz“ in ein Wechselverhältnis setzt (Wurzel).

591 So auch Ofner (vgl. Eckstein 1931: XIIIff. m.w.N.).

Diesen Ansätzen stehen diejenigen Autoren gegenüber, die die Rechtswissenschaft als eine Form der Kulturwissenschaft begreifen.⁵⁹² Am Ende des 19., Anfang des 20. Jahrhunderts wird das Recht zunehmend als Kulturphänomen verstanden (vgl. Sprenger 1991, m. zahlr. N.; Senn, Puskás 2007): „Die Rechtswissenschaft ist eine *Kulturwissenschaft*, eine Wissenschaft, die sich mit dem Kulturfaktor ‚Recht‘ beschäftigt.“ (Löwenstein 1915: 1, H.i.O.) Diese Position wird prominent in der wiedererstarkten Rechtsphilosophie vertreten,⁵⁹³ und zwar von Seiten der Neukantianer – so insbesondere von Lask (s.o.) und im Anschluss daran von dem der Methodenreform- und Freirechtsbewegung wohlgesinnten Gustav Radbruch (Radbruch 1993 [1914]: 175; Radbruch, Dreier 2003; s.a. auch Mayer 1903; Müller-Eisert 1917; Münch 1918; zu Jellinek s.o. § 3.II.1.2).⁵⁹⁴

Aber auch die Anfang des 20. Jahrhunderts zunächst noch weniger prominenten, aber wortreich agierenden Neuhegelianer wenden sich der Kultur zu. Denn man müsse das Recht – wie bereits im Jahr 1885 einer ihrer Wortführer, Joseph Kohler, schrieb – als „Kulturerscheinung“ definieren (Kohler 1885). Wenn Recht aber immer – so Berolzheimer – „Kulturrecht“ sei (Berolzheimer 1911: 604), müsse man über die „Kulturgeschichte“ (Kohler 1911: 558) oder die (kultur-)ethnologische Rechtsvergleichung und (Universal-)Rechtsgeschichte (vgl. Berolzheimer 1907: 133f.) zu den

592 Die Hinwendung zu den Kulturwissenschaften kann wie im Fall der geforderten Hinwendung zur Soziologie ebenfalls als strategische Wiederaufladung der aus der Rechtseinstellungslehre resultierenden Problemstellungen gelesen werden: Auch hier gilt die Historische Rechtsschule als Vorläuferin, erscheint sie doch als eine Kulturwissenschaft *avant la lettre* (vgl. prospektiv Arnold 1865; retrospektiv Mannheim 2003 [1925]: 125). Der Zweck rückt nun ebenfalls in den Vordergrund, nun aber als Wert, und die Kulturwissenschaft versteht sich als Auflehnung gegen den Naturalismus.

593 Einen hilfreichen Überblick über die rechtsphilosophischen Ansätze seit der Jahrhundertwende liefert der ebenfalls dem Neukantianismus zuzuordnende Wilhelm Sauer 1923.

594 Ob Gustav Radbruch mit seinen frühen Schriften, in denen er die freirechtlichen Ansätze positiv bespricht, zur Freirechtsbewegung zu zählen ist, ist umstritten (vgl. Foukles 1968; Neumann 2016 m.N.). Gegenüber anderen neukantianischen Autoren führt Radbruch in den *Grundzügen der Rechtsphilosophie* eine Differenzierung ein: Die Rechtswissenschaft sei einerseits Kulturwissenschaft; andererseits sei sie hinsichtlich ihrer Methode nicht von einer Normwissenschaft zu unterscheiden, weil ihre Aufgabe in der normativen Interpretation des geltenden Rechts liege (vgl. Radbruch 1993 [1914]: 175ff.). Die Rechtswissenschaft habe deshalb „den Gegenstand einer empirischen, einer Kulturwissenschaft, aber die Methode einer Normwissenschaft“ (ebd.: 176). Zur Heterogenität des Neukantianismus in der Rechtsphilosophie, zu dem letztlich auch Stammler und Kelsen gehören, vgl. Paulson 2007: 83.

dahinter liegenden entwicklungsgesetzlichen Ideen vordringen, um das empirische Material metaphysisch deuten zu können. Hier wird die Philosophie für die Rechtswissenschaft zentral – und aus dieser Perspektive erfolgt die Intervention in den Methodenstreit.⁵⁹⁵

Für eine dritte Gruppe lässt sich die Rechtswissenschaft jedoch nicht eindeutig einer der beiden Lager zuordnen, sondern stellt eine Mischform dar: Max Rumpf etwa will „die (geschichtlich-)gesellschaftlich-kulturwissenschaftliche Wissenschaftsgruppe“ (Rumpf 1929: 17) durch den „polaren Gegensatz von Subjekt und Objekt, von Ich und Welt, von lebendigem Leben und toter Kultur“ (ebd.: 16) einteilen in Sozialwissenschaft und Kulturwissenschaft. Beide durchdringen und ergänzen sich. Die Rechtswissenschaft wiederum sei „teils eine Sozialwissenschaft, teils eine Kulturwissenschaft“ (ebd.: 7) und erst in diesem umfassenden Sinne eine Vollrechtswissenschaft (vgl. Rumpf 1924). Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda wiederum schaltet sich in den Bestimmungsstreit mit einem Modell des Stufenbaus der Rechtswissenschaft ein, auf dessen verschiedenen Stufen sowohl die historisch-empirischen Kulturerscheinungen als auch die naturwissenschaftlichen Gesetzmäßigkeiten ihren Platz finden (vgl. Pontes de Miranda 1922: 184, wobei die Rechtswissenschaft jedoch auf ihrer höchsten Stufe empirisch-induktiv verfähre).⁵⁹⁶

Andere wiederum begreifen die Rechtswissenschaft als eine besondere Wissenschaft, die sich jenseits der Differenzierung von Natur- und Kulturwissenschaften respektive von Sozial- und Kulturwissenschaften bewegt: Für Nußbaum ist sie etwa eine Wissenschaft, die den „rein praktischen Zweck“ habe, der Rechtsanwendung zu dienen. Da sie sich dabei auf das Sollen und nicht das Sein beziehe, habe sie gegenüber einer an den Naturwissenschaften orientierten Sozialwissenschaft und einer empirischen Kulturwissenschaften eine „methodische Sonderstellung“. Sie sei also eine

595 Vgl. die Nachweise in Gängel, Schaumburg 1989: 307ff. zu Kohlers Ausführung zu dieser Problematik bereits seit den 1880er Jahren, die im Rahmen des Methodenstreits zunehmend virulent wurden.

596 Der Rechtsanwalt Robert Lazarsfeld sieht noch ein ganz anderes Mischverhältnis am Werk: Das „Problem der Jurisprudenz“ bestehe gerade darin, dass sie sie „ein mixtum compositum von Wissenschaft und Moral“ sei (Lazarsfeld 1908: 45). Deshalb sei gerade die stets notwendige Scheidung der normativen von der kausalwissenschaftlichen Ebene das Problem, wolle man nicht zu falschen und v.a. scheinlogischen Schlussverfahren gelangen (vgl. ebd.: 45, 49). Lazarsfeld stellt angesichts der nicht logisch herleitbaren Entscheidung auf die Erklärung über sozialen Machtverhältnisse ab – ein Vorgehen, das Kantorowicz wiederum scharf kritisiert (Kantorowicz 1911a: 294).

Wissenschaft eigener Dignität – ein Ansatz, der Kantorowicz mit der Bezeichnung als „Normwissenschaft“ einen Ausdruck gibt.

Diese Position nimmt auch der erstarkende philosophische (kritische) Rechtspositivismus ein, dessen prominentester Fürsprecher Hans Kelsen mit seinen methodologischen Einlassungen zum Problem der Rechtswissenschaft ist.⁵⁹⁷ Er radikalisiert den Gegensatz von Sein und Sollen als nicht weiter analysierbare Kategorien, die aus ihren je spezifischen Betrachtungsweisen ihren jeweils eigenen Gegenstand erzeugen.⁵⁹⁸ Dies führt ihn zu einer strengen „Unterscheidung zwischen explikativen, d.h. auf die Welt des Seins und deren kausale Erklärung durch Naturgesetze gerichteten, und normativen, d.h. der Welt des Sollens und den Normen zugekehrten Disziplinen, zwischen Kausal- und Normwissenschaften“ (Kelsen 1911: VI). Die Grenze läuft nicht entlang der Scheidung von Natur- und Kulturwissenschaften, sondern entlang der Differenz von Wirklichkeits- und Wert- bzw. Normwissenschaften.⁵⁹⁹

Für die Einordnung der Rechtswissenschaft gilt dabei nach Kelsen: Sie muss sich auf das Sollen richten, da ihr Gegenstand, die Rechtssätze, das Sollen statuierende Regeln, d.h. Normen darstellten. Sie behandle gerade nicht Regelmäßigkeiten des menschlichen Verhaltens, also Seinsregeln bzw. Gesetzmäßigkeiten im Sinne des Kausalgesetzes. Da sie sich mit Normen befasse, könne man die Rechtswissenschaft sinnvollerweise nur als normative Disziplin bestimmen, deren Erkenntnis auf das rechtliche Sollen gerichtet sei. Sie bewerte nicht den Inhalt der Gesetze, sondern gebe in

597 Kelsen wird ungeachtet des Titels seiner Habilitationsschrift *Die Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (Kelsen 1911) zunächst weniger als Staatsrechtler im engeren Sinne denn als Rechtstheoretiker und Methodologe wahrgenommen. Erst nach dem Ersten Weltkrieg tritt er verstärkt als Staatsrechtslehrer auf und wird – wie etwa im Methodenstreit der Weimarer Staatsrechtslehre – als solcher wahrgenommen und angegriffen (vgl. Dreier 2001: 20; zu Kelsens zeitgenössischen philosophischen wie staatsrechtlichen Kritikern s.a. Korb 2010).

598 Zur Frage, in welchem Verhältnis der Kelsen'sche Positivismus zum Neukantianismus steht, siehe bereits Sander 1921, 1923; vgl. hierzu Paulson 1988.

599 Das entspricht bei Kelsen wiederum einer Differenzierung von Kausal- und Geisteswissenschaften. Rechtswissenschaft sei eine echte Geisteswissenschaft, was aber gleichbedeutend mit einer Normwissenschaft sei (vgl. Kelsen 1922: 77ff.; 1925: 24). Zu den unterschiedlichen Verwendungsweisen und Definitionen von Geisteswissenschaft im staatswissenschaftlichen Diskurs, die sich nicht unbedingt mit Diltheys Vorschlag decken, vgl. mit Blick auf Kelsen Otaka 1932: 45f.; Korb 2010: 124ff.

Werturteilen den Inhalt der Gesetze wieder (vgl. Rottleuthner 1984: 525).⁶⁰⁰

Die Differenz zwischen Sein und Sollen bezeichnet nach Kelsen eine nicht auf einander rückführbare Verschiedenheit der „Betrachtungsrichtung und Denkform“, aus der sich „eine vollständige Verschiedenheit des Objekts“ ergebe (Kelsen 1992b [1915]: 841). Je nachdem, ob man also eine Gegebenheit in der Form des Seins oder des Sollens denke, sei sie als Wirklichkeit, Natur bzw. Tatsache, oder aber als Wert, Zweck bzw. Norm gegeben.⁶⁰¹ Auf Grundlage dieser erkenntnistheoretischen Bestimmung wendet sich Kelsen gegen jegliche Forderungen nach einer Hinwendung der Rechtswissenschaften zur Soziologie – hier insbesondere gegen Kantoro-wicz (vgl. etwa Kelsen 2010b [1911]: 79ff.; 1992e [1912]: 601ff.; 1916), gegen Kornfeld (Kelsen 1992e [1912]: 607ff.), gegen Spiegel (Kelsen 2010a [1914]) und in der berühmten Kontroverse über die *Grundlegung der Soziologie des Rechts* gegen Ehrlich (vgl. Kelsen 1992b [1915]; 1992c [1916]; 1992d [1916/1917])⁶⁰² – respektive gegen eine soziologische Untersuchung des Rechts wie bei Max Weber (Kelsen 1992a [1921]; 1922).⁶⁰³ Denn letzt-

600 Die Rechtswissenschaft werte also nicht selber, sondern sei insofern normativ, als sie auf die Erkenntnis des rechtlich Gesollten gerichtet ist: Der Begriff der Normativität „kann nicht eine besondere Art des Wollens, er muß eine bestimmte Form des Denkens, eine eigenartige Betrachtungsweise kennzeichnen, die sich von der anderer Wissenschaften durch ihre spezifische Richtung unterscheidet und die darum eine normative genannt werden darf, weil sie nicht, wie z.B. die Naturwissenschaft, der Welt des Seins, sondern der Welt des Sollens zugewendet ist, weil ihr Ziel nicht, wie das der explikativen Disziplinen, eine kausale Erklärung des tatsächlichen Geschehens, also die Erkenntnis von Naturgesetzen, sondern die Erfassung von Normen ist“ (Kelsen 1911: VI f.). Daraus folgt für Kelsen zugleich, dass die Rechtswissenschaft eine formale Disziplin ist, da sie sich mit der wissenschaftlichen Handhabung der Norm als Form des Sollens auseinandersetze (vgl. ebd.: VIII).

601 So schreibt Kelsen: „Die prinzipielle Verschiedenheit beider Denkformen läßt Sein und Sollen als zwei getrennte Welten erscheinen.“ (Kelsen 2010b [1911]: 27).

602 Zur Ehrlich-Kelsen-Kontroverse vgl. etwa Neukamp 1917; Rottleuthner 1984; Rein 1988; Paulson 1992; Lüderssen 2005.

603 Zur zeitgenössischen Diskussion über die Entgegensetzung des Kelsen'schen Ansatzes mit anderen Formen der Soziologie des Rechts vgl. etwa Darmstaedter 1926 (mit Bezug auf Jerusalem 1925). Allerdings werden manche Autoren über die Auseinandersetzung mit Kelsen wieder an die Sozialwissenschaft respektive die Soziologie zurückgeführt: Felix Kaufmann etwa versucht, auf der Grundlage des Kelsen'schen Positivismus die Möglichkeit der Sozialwissenschaft zu erkunden (Kaufmann 1936); der ehemalige Schüler und Anhänger Kelsens Fritz San-

lich erweist sich eine wie auch immer geartete Rechtssoziologie aus Kelsens Perspektive als unmöglich: Für die Soziologie sei

insbesondere das Recht nicht eine als gültig vorausgesetzte Norm, kein objektiver Wert, sondern ein tatsächlicher – an sich wertindifferent – Vorgang, ein bestimmtes geistiges und körperliches Verhalten von Menschen, das in seiner Regelmäßigkeit zu erfassen ist. Ihr Gegenstand ist genau genommen gar nicht das Recht, sondern das Denken, Fühlen oder Wollen des Rechts, das was die Menschen vom Rechte meinen und in dieser Meinung tun oder lassen (Kelsen 1992b [1915]: 855f.; s.a. 875f.).

Die Soziologie des Rechts, die Rechtssoziologie bzw. die soziologischen Methoden in den Rechtswissenschaften beruhen daher auf einem Synkretismus der Methoden. Kelsen wirft den Autoren eine Vermengung von juristischer und soziologischer Betrachtung vor, die schon auf rein logisch-methodologischer Ebene nicht haltbar sei und aus der die Inkonsistenzen dieser Ansätze herrührten. Insbesondere wendet sich Kelsen dabei auch gegen die Verortung des Problems in der Rechtsentstehungslehre. Da eine Sollen nicht aus einem Sein herleitbar sei, könne das Recht auf logischer Ebene auch nicht aus den Tatsachen des menschlichen Zusammenlebens abgeleitet werden (vgl. ebd.: 856ff.).⁶⁰⁴

Auf dieser erkenntnistheoretischen Grundlage widerspricht Kelsen aber auch Rickert, Lask und Radbruch (sowie Kantorowicz' Forderung einer kulturwissenschaftlich zu verstehenden Rechtssoziologie): Die Rechtswissenschaft sei keine Kulturwissenschaft, sondern eine „Normwissenschaft“ (Kelsen 1916). Der Fehler des kulturwissenschaftlichen Ansatzes liege darin, dass er die Rechtswissenschaft (respektive Kantorowicz' Rechtssoziologie) auf einer logisch nicht haltbaren vermittelnden Ebene der Wertbeziehung ansiedele. Da die Kulturwissenschaften auf dieser Ebene aber ebenfalls kausalwissenschaftlich verfahren, liege letztlich trotz prinzipieller Trennung von Sein und Sollen ebenfalls ein kausalwissenschaftliches Vor-

der wiederum plädiert ausgehend von seiner Kritik an Kelsens Version des Neukantianismus ab Mitte der 1920er Jahre für einen rechtssoziologischen Ansatz, der ihn zur Auseinandersetzung mit zentralen soziologischen Begrifflichkeiten wie ‚Gesellschaft‘ führt (vgl. Sander 1927, 1930).

604 Allerdings bestreitet Kelsen nicht die Wichtigkeit der soziologischer Untersuchungen – nur sei ihr Gegenstand nicht das Recht, das sich durch seinen spezifisch normativen Gehalt auszeichne, sondern Seinstatsachen, d.h. sie habe es mit einer Art Parallelphänomen (Vorstellungen und Empfindungen von Rechtsnormen) zu tun (vgl. dazu auch Kelsen 1967 [1931]: 72ff.).

gehen vor – selbst wenn man einen anderen Kausalitätsbegriff zugrunde lege als die Naturwissenschaften. Aufgrund der erkenntnistheoretischen Trennung in Sein und Sollen wendet sich Kelsen gegen jede Form von Methodendualismus oder -trialismus aus, der sich auf den einheitlichen Gegenstand Recht beziehen würde.⁶⁰⁵

Diese wissenschaftstheoretischen Bestimmungsversuche der Rechtswissenschaft strukturieren die gegenseitigen Frontstellungen im Diskurs der Rechtswissenschaft: Kelsen wendet sich gegen jegliche sozialwissenschaftliche, soziologische oder kulturwissenschaftliche Bestimmung der Rechtswissenschaft,⁶⁰⁶ aber auch gegen alle metajuristischen, naturrechtlichen oder metaphysischen Ideen im Recht (Neuhegelianismus).⁶⁰⁷ Ehrlich kritisiert eine solche „reine Rechtslehre“ (vgl. Ehrlich 1992a [1916]; 1992b [1916/17]) und grenzt sich mit seiner Ablehnung der Zwangstheorien des Rechts von der Interessenjurisprudenz sowie durch seine Bestimmung der Jurisprudenz als Technik von den kulturwissenschaftlichen Bestimmungsversuchen der Rechtswissenschaft ab. Der Neuhegelianer Berolzheimer kritisiert sowohl den Neukantianismus, die Hinwendung zu den Naturwissenschaften und die Forderung nach einer Soziologie des Rechts (vgl. Berolzheimer 1907) sowie die Freirechtsbewegung und Interessenjurisprudenz *in toto* (vgl. Berolzheimer 1911: 609f.), wobei vor allem Kelsen ins Visier der neuhegelianischen Kritik gerät (vgl. Korb 2010: 24ff. m.N.). Kantorowicz kritisiert die Interessenjurisprudenz, aber auch seine freirechtlichen Kollegen wie etwa Ehrlichs Forderung der Soziologisierung der Rechtswissenschaft, auch wenn er für die Wichtigkeit der Rechtssoziologie eintritt (vgl. Kantorowicz 1911a). Heck widerspricht vehement dem „Wunsch nach einem Ersatz der Rechtswissenschaft durch eine Soziologie oder nach der unmittelbaren Verwendung des von einer allgemeinen Soziologie erbrachten Materials“ (Heck 1912: 37; s.a. 1914: 277ff.; 1925: 381 mit Blick auf Ofner). Obwohl Heck Max Webers kulturwissenschaftliche Erkenntnisse bewundert, scheiterte eine Übernahme der von Rickert herrührenden Methodenlehre an der Eigenart der Rechtswissenschaft, die immer einen normativen Endzweck verfolge (vgl. Heck 1914: 312f.). Andererseits erscheint Kelsens *Reine Rechtslehre* nicht als Alternative (vgl. Heck 1917: 270;

605 Zu dieser Kritik mit Blick auf Radbruch vgl. ausführlich Neumann 2005.

606 Bezeichnend für die Zentralität dieser Frontstellung sind auch die kritischen Rezensionen des Kelsen-Schülers Adolf Julius Merkl etwa zu Jung, Oertmann, Heck, Reichel, Bozi sowie seine Diskussionen etwa der Lücken im Recht, des Interpretationsproblems und der Rechtsanwendung, des Freirechts und des Richterrechts (siehe die entsprechenden Beiträge in Merkl, Mayer-Maly 1993)

607 Zur den Frontstellungen Kelsens vgl. Dreier 1990: 27ff.

1924; 1932b), da es für Heck um das Grundproblem der „Betonung des engen Zusammenhangs von Leben und Recht“ (Heck 1929: 210) und damit um den „Grundsatz der Lebensnähe“ (Heck 1925: 381) geht. Usw. usf.

2.2 Konkurrenzproblem „Soziologie“

Jenseits einer abstrakten Wesensbestimmung der Rechtswissenschaft eint den Diskurs die Suche nach der Antwort auf die Frage, ob und – wenn ja – wie die Rechtswissenschaft nicht auf methodischer Ebene, sondern nun aufgrund ihres genuinen Wissenschaftscharakters die Tatsachen des gesellschaftlichen Lebens zu integrieren habe. Daher wird die Auseinandersetzung mit der Soziologie, jener sich konsolidierenden Disziplin für die Tatsachen des gesellschaftlichen Lebens, zur zentralen wissenschaftstheoretischen Herausforderung – sie ist der Abgrenzungshorizont, vor dem sich die Bestimmung der Rechtswissenschaft vollzieht. Denn wie Wilhelm Sauer mit Blick auf die Soziologie die Diskurslage beschreibt: „Die Gefahr droht von dieser jungen und zukunftsreichen Wissenschaft, daß sie sich als Rechtswissenschaft aufspielt, die sie eben wegen ihres bloß beschreibenden Charakters niemals sein darf.“ (Sauer 1923: 311) Das gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass Autoren wie Ehrlich, Kornfeld, Fuchs und Spiegel die Soziologie im Rahmen der Methodenkritik als Konkurrenzdisziplin zur herkömmlichen Rechtswissenschaft ins Spiel bringen: sei es als eigentliche Rechtswissenschaft (Kornfeld) bzw. als Grund- oder Hauptwissenschaft (Fuchs), oder sei es als einzig mögliche wissenschaftliche Grundlage einer Jurisprudenz, die selbst nur Technik sei (Ehrlich). Wie schon Jhering verstehen auch diese Autoren die Gesellschaftswissenschaft als wissenschaftliche Leitdisziplin für die Rechtswissenschaft. Rechtswissenschaft im engeren Sinne, d.h. Rechtsdogmatik und -methodik, könne angesichts einer solchen Bestimmung nicht mehr allein mit den überlieferten Techniken und Methoden der „Begriffsjurisprudenz“ betrieben werden.

Dabei handelt es sich letztlich um einen Angriff auf die Autonomie der Rechtswissenschaft, den es – trotz aller Kritik an der Begriffsjurisprudenz – abzuwehren gilt, verliert sie doch dadurch entweder ihre eigene wissenschaftliche Berechtigung⁶⁰⁸ oder wird zu einem Zweig der Sozialwissenschaften respektive der Soziologie degradiert. Diese Abwehr eint die diffe-

608 So aus ‚soziologischer Perspektive‘ schon der Jurist Ludwig Gumplowicz (vgl. Gumplowicz 1885: 45ff.), wogegen (und zugleich gegen den Materialismus nach Marx) etwa Theodor Sternberg explizit anspricht (vgl. Sternberg 1904: 144f.).

renten Ansätze, die damit alle gegen eine drohende Soziologisierung der Rechtswissenschaft anschreiben.⁶⁰⁹ Dabei werden zwar gänzlich unterschiedliche Strategien verfolgt. Jedoch problematisieren sie allesamt in ihrer Kritik das wissenschaftstheoretisch zu bestimmende Verhältnis von Sein und Sollen, d.h. von Normativität und Faktizität des Rechts.⁶¹⁰ Von den verschiedensten Seiten aus wird die Vermengung von Sein und Sollen angekreidet, und zwar einerseits auf der Gegenstandsebene, indem vorgehalten wird, dass Recht nicht als Norm, sondern als Regel gefasst werde und daher eine Verwechslung von Normalität und Normativität im Rechtsnormbegriff vorliege;⁶¹¹ andererseits aber auch auf der wissenschaftstheoretischen Ebene, indem methodologische Defizite, ein logisch nicht haltbarer Methodensynkretismus bzw. die Verkennung der Eigenart der Rechtswissenschaft angeklagt wird.⁶¹²

Im Zuge dieser Abgrenzung zeigt sich die Rechtswissenschaft entweder als Wissenschaft der Normen (im normativen Sinne) oder als Normwissen-

609 Das gilt auch für die Rechtsphilosophie, die sich gegen eine drohende Verdrängung durch die Soziologie wendet, vgl. etwa Kohler 1911: 561f.; Berolzheimer 1907: 130.

610 Das begründet auch den zentralen Stellenwert der Einlassungen von Kornfeld und Ehrlich. Denn auch wenn sie wenig Anhänger und Verfechter finden, so fungieren sie doch als gemeinsamer Abgrenzungshorizont in den Debatten.

611 Vgl. Somló 1917: 57f. gegen Ehrlich, Kornfeld, Jung, Spiegel; vgl. aber auch Kantorowicz 1911a: 28; Hahn 1913/1914: 405; Nußbaum 1914: 5f.; Salomon 1915: 340; bzw. in abgeschwächter Form Feilbogen 1914.

612 Vgl. zum Vorwurf der methodologischen Defizite Ehrlichs etwa Neukamp 1917: 232; Manigk 1974 [1914]: 241ff., zum Methodensynkretismus Kelsen [s.o.]; sowie zur Verkennung des spezifischen Wissenschaftscharakters der Rechtswissenschaft neben den bereits angeführten Positionen auch Bierling 1917: 19; Huber 1921: 21; Wundt 1918: 181f. Dieser Vorwurf liegt auch dem Einwand Radbruchs gegen Fuchs zugrunde, wenn er ihm vorhält, dass er doch besser die Bezeichnung als „soziologische Methode“ vermieden hätte, denn: „Soziologie ist Tatsachenforschung, Werturteile lassen sich aber nicht aus Tatsachen ableiten [...]“ (Brief Radbruch an Fuchs vom 08.10.1910, zitiert nach Foukles 1965: 249) Bei Fuchs sei „Soziologie“ nicht eine theoretische Wissenschaft, sondern nur „die unvollkommene Formel für eine werterfüllte Intuition des sozialen Lebens“ (Radbruch 1988: 64). Die neuhegelianischen Ansätze wiederum formulieren ihre Kritik an einer wie auch immer gearteten soziologischen Rechtswissenschaft insbesondere vor dem Hintergrund, dass sie die Soziologie als Teil der kausalwissenschaftlich verfahrenenden Naturwissenschaften, d.h. als „Gesetzeswissenschaft“, verstehen (vgl. Kohler 1911: 558; Berolzheimer 1911: 605). Darüber könne man aber niemals zu den hinter den Erscheinungen waltenden Ideen vordringen, was genau jener Aspekt sei, der das Recht als Kulturercheinung auszeichne (vgl. Kohler 1911: 561f.).

schaft, als Wertwissenschaft oder als wertbeziehende Wissenschaft bzw. als praktisch-normative Wissenschaft respektive als normative Wissenschaft mit Blick auf die Rechtsidee. Es geht also um die Grenzen der Rechtswissenschaft als eigenständige Disziplin. Kelsen formuliert dies am deutlichsten, wenn er in seiner Habilitationsschrift im Jahr 1911 an den „Grenzgebieten“ der Jurisprudenz die juristische Begriffsbildung von „soziologischen oder psychologischen“ Elementen zu befreien sucht (Kelsen 1911: V), um die Eigenständigkeit der Rechtswissenschaft durch konsequente Reinhaltung von solchen seinswissenschaftlichen (und metaphysischen) Elementen zu bewahren und zu sichern.⁶¹³

Von dieser Grenzziehung ausgehend versucht man das Verhältnis zur Soziologie zu bestimmen – und die Soziologie selbst. Aus diesem Grund wird die Debatte nicht als eine wie auch immer zu definierende soziologische Auseinandersetzung verstanden, die dazu nötigen würde, sich der gerade entstehenden Fachdisziplin zuzuwenden, sondern es handelt sich um einen innerjuristischen Diskurs (ansonsten würde man ja auch den Anspruch auf Autonomie der Rechtswissenschaft aufgeben). Die Auseinandersetzungen über Wesen und Rolle der Soziologie gehen etwa von eigenständigen, meist sehr weiten Soziologiebegriffen aus, die z.T. explizit Abstand von den dezidiert soziologischen Bestimmungen nehmen (s.o.).⁶¹⁴ U.a. deswegen erscheint der Rekurs auf die Soziologie in den Augen der Kritiker nebelhaft, dilettantisch und so vage, als dass man daraus methodische oder wissenschaftstheoretische Klarheit gewinnen könne (s.o.).⁶¹⁵

613 So schreibt Kelsen programmatisch in der Vorrede seiner *Reinen Rechtslehre* im Jahr 1934, dass es sein Hauptanliegen sei, „eine reine, das heißt: von aller politischen Ideologie und allen naturwissenschaftlichen Elementen gereinigte, ihrer Eigenart, weil der Eigengesetzlichkeit ihres Gegenstandes bewusste Rechtstheorie zu entwickeln“, damit die Jurisprudenz „auf die Höhe einer echten Wissenschaft, einer Geistes-Wissenschaft zu heben“ und ihre „ausschließlich auf Erkenntnis des Rechts gerichtete Tendenz zu entfalten und deren Ergebnisse dem Ideal aller Wissenschaft, Objektivität und Exaktheit, soweit als möglich anzunähern“ (Kelsen 2008 [1934]: 3).

614 Das bedeutet nicht, dass kein Interesse für die Fachdiskussionen der sich konsolidieren Soziologie bestünde. So hielt Kantorowicz, wie erwähnt, am ersten Soziologentag im Jahr 1910 einen Vortrag, Wüstendörfer, Fuchs und Heck nahmen als Diskutanten teil.

615 Das liegt in den Augen der Kritiker z.T. am mangelhaften Zustand der Soziologie selbst, die daher überhaupt kein wissenschaftliches Fundament abgeben könne (vgl. Delbrück in Kohler et al. 1910: 208; Düringer 1909: 71, 1992 [1910]: 134).

Für diese Distanzierung ist aber auch bezeichnend, dass Interventionsversuche von soziologischer Seite bei den Bestimmungsversuchen wenig Gehör finden: So wehrt sich etwa Ferdinand Tönnies vehement gegen die immer wieder proklamierte Festschreibung der Soziologie als Naturwissenschaft respektive als Kausalwissenschaft. Während in den Versuchen der Verhältnisbestimmung von Soziologie und Rechtsphilosophie der Neuhegelianer Kohler die Soziologie als „Gesetzeswissenschaft“ und der Rechtspositivist Felix Somló sie als „Kausalwissenschaft“ deklarieren, und beide sie dabei als eine Form der Naturwissenschaft kennzeichnen, hält Tönnies ihnen entgegen: „Die Soziologie ist nicht lediglich Kausalwissenschaft (sic!).“ (Tönnies 1911b: 569) Die theoretische Soziologie sei in Abgrenzung zur angewandten und empirischen Soziologie „vielmehr, wie alle allgemeinen und dann philosophischen Wissenschaften, in erster Linie eine Wissenschaft von Begriffen“ (ebd.). Und während Kohler aus seiner Bestimmung ableitet, dass die dem Reich der Ideen zugewandte Rechtsphilosophie etwas wesentlich anderes sei als eine empirische, nach Naturgesetzen suchende Tatsachenwissenschaft bzw. Somló daraus folgert, dass die Soziologie die Rechtsphilosophie niemals verdrängen könne, gilt für Tönnies, dass die Rechtsphilosophie eine Art Zwischenstellung einnimmt:

Die Rechtsphilosophie ist daher ihrem Wesen nach ein Teil der reinen oder theoretischen Soziologie, insofern als die Rechtsphilosophie die *Wirklichkeiten* des Rechts begreifen will. Sie liegt aber ausserhalb der Soziologie, insofern als sie Normen des richtigen oder guten oder zweckmässigen oder gerechten Rechtes aufzustellen unternimmt. (Ebd.: 570, H.i.O.)

Tönnies' Einwände stoßen auf taube Ohren: In der Diskussion dieser Beiträge auf dem II. Kongress der *Internationalen Vereinigung für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, in dem das Verhältnis von Soziologie und Rechtsphilosophie zur Debatte stand, bestritt man die Existenzberechtigung der Soziologie rundweg aus dem Grund, dass sie doch neben der Geschichtsphilosophie nichts Neues zu liefern vermöge (vgl. Dürr in Kohler et al. 1911: 674f.). Allenfalls wird ihr Verdienst im Hinweis auf die Relevanz der Gruppenbeziehungen sowie der realen Faktoren in der Vergangenheit verortet. Heute könne man nichts mehr von ihr lernen (Berolzheimer in Kohler et al. 1911: 675).

Auch Webers explizite Stellungnahmen zu Begriffsjurisprudenz, Freirechtsschule und Interessenjurisprudenz in seiner zwischen den Jahren 1911 bis 1913 verfassten sogenannten „Rechtssoziologie“, die allerdings erst im Jahr 1921/22 posthum als Teil von *Wirtschaft und Gesellschaft* erscheint (s.u. § 8), werden ebenfalls kaum registriert, obwohl Heck und

Kantorowicz seine wissenschaftstheoretischen Abhandlungen positiv aufnehmen (wenn auch mit eigenständigen Adaptionen, vgl. etwa Heck 1914: 24ff.; Kantorowicz 1923).⁶¹⁶ Vielmehr gerät Webers Staatstheorie im staatswissenschaftlichen Diskurs ins Visier der Kritik von Kelsen, Carl Schmitt und anderen (vgl. Anter 2016; das gilt im Übrigen auch bzgl. Durkheim und Tönnies). Dasselbe Schicksal erfahren andere, explizit soziologische Ansätze: Sie scheinen zwar gelegentlich erwähnenswert, zeitigen im rechtswissenschaftlichen Diskurs der Privatrechtswissenschaft jedoch keinerlei neue Diskurseffekte.⁶¹⁷

All diese Beispiele verdeutlichen die Eigenart des epistemischen Dispositivs der Privatrechtswissenschaft: Trotz der Tatsache, dass die Rechtswissenschaft sich in den Debatten über ihr Selbstverständnis auf die Soziologie bezieht – und sich angesichts der Forderungen nach der Hinwendung zu den Tatsachen des gesellschaftlichen Lebens auch beziehen muss –, wird die Auseinandersetzung mit der Soziologie bzw. ihren fachlichen Vertretern gerade nicht gesucht. Es handelt sich um eine rechtswissenschaftsinterne Auseinandersetzung, in der das Konkurrenzproblem der Disziplinen aus juristischer Perspektive angegangen wird.⁶¹⁸

Dies zeigt sich schließlich auch in denjenigen Ansätzen, die gegen die Ersetzung der Rechtswissenschaft durch die Soziologie, aber trotzdem für eine Hinwendung zu soziologischen Erkenntnissen plädieren: Sie stellen diesen Bezug unter die Vorherrschaft der Rechtswissenschaft. Sinzheimer, Nußbaum und Kantorowicz wollen nicht die sich konsolidierende Fachdisziplin Soziologie, sondern eine durch die Rechtswissenschaft vorgezeichnete Soziologie integrieren. Nicht der Soziologe bestimmt die soziologisch relevanten Tatsachen, sondern der Rechtswissenschaftler, und nur der Jurist könne eine für die Rechtswissenschaft relevante Soziologie, die Rechtssoziologie, betreiben. Die Soziologie besteht *neben* der Jurisprudenz, dient allenfalls als Ergänzung oder Hilfsdisziplin (Nußbaum, Heck) oder vermittelt unter der Ägide der Juristen als Rechtssoziologie zwischen den beiden Disziplinen (Kantorowicz).

616 Zu Hecks Beziehung zu Weber vgl. Schoppmeyer 2001: 147ff.; zum Verhältnis Kantorowicz/Weber siehe Muscheler 1984: 58f.

617 Vgl. zu Jerusalems *Soziologie des Rechts* (1925) etwa Kunz 1926, Wolf 1926.

618 Nach Luhmann würde man das als re-entry beschreiben.

2.3 Die Relativierung der ‚Gesellschaft‘

Die Konkurrenz zur Soziologie wird also als ein (privat)rechtswissenschaftsinternes Problem bestimmt: Es ist die Rechtswissenschaft, die die Beziehung zur Soziologie als andersgeartete Disziplin nach ihren Bedürfnissen und Vorgaben bestimmt. Das impliziert zugleich eine Anerkennung dieser Disziplin im Kanon der Wissenschaften. Der Jurist erscheint nun nicht mehr als der Sachverständige für die soziale Ordnung, und damit obliegt es auch nicht mehr der Rechtswissenschaft, die Funktion des Rechts für die Gesellschaft zu bestimmen. Dies wird nun ausgelagert in eine eigenständige Disziplin, deren Erkenntnisse man sich zu nutzen machen muss, kann, oder sollte, die aber keineswegs die juristische Erkenntnisweise zu verdrängen oder im Wesen zu beeinflussen vermag. Das epistemische Ding ‚Gesellschaft‘ verliert seine bestimmende Kraft für Rechtsdogmatik und -methodik.

Dieser Effekt tritt gerade deshalb ein, weil die Frage der Lebensanbindung des Rechts in ein erkenntnis- und wissenschaftstheoretisches Problem umgedeutet wird: Das Privatrecht steht nun nicht mehr über dem Öffentlichen Recht, und es geht auch nicht mehr um ein Komplementärverhältnis, in dem die spezifischen, streng zu unterscheidenden Funktionen des Privatrechts und des Öffentlichen Rechts sich gegenseitig ergänzen. Auf wissenschaftstheoretischer Ebene gibt es vielmehr keinen prinzipiellen Unterschied zwischen den verschiedenen Teilgebieten des Rechts. Im Zentrum der Debatte stehen allgemeine Rechtswissenschaftstheorien und allgemeine Rechtslehren und nicht spezifische Privatrechtswissenschaftstheorien, die sich vom Öffentlichen Recht oder Strafrecht unterscheiden würden.⁶¹⁹ Als Extreme gegenüber stehen sich etwa die allgemeine Rechtslehre, die der Anwalt und Privatrechtswissenschaftler Ignatz Kornfeld auf soziologischer Grundlage entwirft, und die Reine Rechtslehre des Staatsrechtslehrers Kelsen – und das auf der Basis der Debatte eines allgemeinen Rechtsbegriffs.

Diese Verschiebung führt dazu, dass das Privatrecht damit nur noch bedingt in seinem spezifischen Gehalt als eigentlicher Normkomplex der

⁶¹⁹ Daher besteht auch eine Verbindungslinie vom Methodenstreit in der Privatrechtswissenschaft zu den großen Debatten in der Staatsrechtslehre der Weimarer Zeit (vgl. hierzu Stolleis 2002: 153ff.) – und zwar nicht nur über Vermittlungsfiguren wie Kelsen oder Carl Schmitt, der ebenfalls zum Methodenstreit Stellung nahm (vgl. etwa Schmitt 1912), sondern insbesondere über die Gegenstandsfrage, d.h. die Debatte um Wissenschaftscharakter und Proprium der Rechtswissenschaft.

zwischenmenschlichen Beziehungen angesehen wird – jene Perspektive, die im Rahmen der Rechtsentstehungslehre die Genese eines staatsfreien, gesellschaftlichen Rechts ermöglichte, und die das Privatrecht damit zum herausgehobenen Ort des Gesellschaftsbezugs machte. Das Privatrecht wird aus wissenschaftstheoretischer Perspektive nicht mehr als der genuine Ort der individuellen Freiheit adressiert (so wie sich im Übrigen in der Dogmatik des Öffentlichen Rechts seit dem Ende des 19. Jahrhunderts das subjektive Recht etabliert), das darüber die Frage nach der gesellschaftlichen Ordnungsbildung aufwirft, sondern als Teilgebiet des Rechts. Privatrechtstheorie ist nun nicht mehr zwangsläufig Gesellschaftstheorie, sondern löst sich von ihr.

2.4 Die Sicherung der Autonomie der Rechtswissenschaft

Dass bei der Suche nach einer Methode der Lebensanbindung des Rechts auf die abstrakte Ebene der Wissenschaftstheorie gewechselt wird, bewirkt aber insbesondere auch eines: Es tritt eine Vereindeutigung und Vereinfachung der Problemlagen ein. Die letztlich sehr differenzierte Debatte über die Rolle der Soziologie für und in den Rechtswissenschaften wird auf den Gegensatz von Sein und Sollen enggeführt. Die Fragen der Rechtsgenese (was zur Entgegensetzung von „lebendem Recht“ und Gesetz führt), der Funktionen des Rechts (etwa Ordnungssicherung und Konfliktregelung) oder der Wirkungen des Rechts sowie diejenige nach den gesellschaftlichen Entwicklungen treten zugunsten einer Theoretisierung des Wesens der Rechtswissenschaft auf der Folie Sein/Sollen in den Hintergrund.

Paradoxerweise bewirken gerade die Soziologisierungsversuche der Rechtswissenschaft aufgrund dieser Engführung auf die Frage von Sein und Sollen dann eine Normativierung des Selbstverständnisses der Rechtswissenschaft. Denn die Forderung einer Hinwendung zur Soziologie kratzt an der Autonomie der Rechtswissenschaft als eigenständige Disziplin. In der Bestimmung der Rechtswissenschaft als Soziologie durch Kornfeld, aber auch in den Arbeiten von Fuchs, Wüstendörfer, Gmelin und Ehrlich wird eine drohende Soziologisierung der Rechtswissenschaft identifiziert, die entweder ihren Wissenschaftscharakter bestreitet oder sie zu einer Teildisziplin der Soziologie herabstuft. Dieser Konkurrenzsituation begegnet man auf wissenschaftstheoretischer Ebene mit einer Unterscheidung der Wissenschaftsformen. Indem Sein und Sollen geschieden werden, tritt nun die Soziologie als Seinswissenschaft der Rechtswissenschaft als Normwissenschaft, als wertende Wissenschaft, Normwissenschaft usw. gegenüber. Soziologie erscheint nun als etwas anderes als

Rechtswissenschaft. Und die Rechtswissenschaft wird unweigerlich an den Pol des Normativen gekoppelt – egal welche Version man dabei vertritt.

Im Selbstverständnis der Rechtswissenschaften ist also eine Normativierung festzustellen, und zwar auf breiter Front und selbst bei Befürwortern einer Hinwendung zur Soziologie. Damit gilt aber zugleich: Erst vor dem Abgrenzungshorizont der Soziologie erhält die Rechtswissenschaft ihre Kontur als eigenständige Wissenschaft, da sie sich im Zuge dieser Abgrenzung nicht mehr allein auf Wahrheit und Seinsgegebenheiten beziehen kann. Erst im Vollzug dieser Normativierung wird die Rechtswissenschaft eine autonome Disziplin: Die Herausforderungen der Vergesellschaftung des Rechts, wie sie letztlich in der Rechtse Entstehungslehre der Historischen Rechtsschule zu erkennen sind und von einer Suche nach der Gesellschaft im Recht zur Bestimmung des Rechts der Gesellschaft führten, werden entschärft. Die Rechtswissenschaft immunisiert sich gegen solche Erkenntnisse. Denn für eine ‚normative Wissenschaft‘ führt sowohl auf methodischer wie auf wissenschaftstheoretischer Ebene nun weder die notwendige Beobachtung des gesellschaftlichen Seins zu den Problemen einer juristisch-soziologischen Methode (siehe etwa Heck, Rümelin et al.), noch vermag der Rekurs auf das gesellschaftliche Sein das juristisch zu ermittelnde Sollen in Frage zu stellen (siehe Nußbaum, Kantorowicz et al.). Der gesellschaftstheoretische und soziologische Blick auf das Recht als ein gesellschaftliches Phänomen wird ausgelagert in eine andere Disziplin.

Der Wechsel auf die wissenschaftstheoretische Ebene garantiert zugleich, dass mit dieser Normativierung des Rechts bzw. des Selbstverständnisses der Rechtswissenschaft keine Politisierung des rechtswissenschaftlichen Diskurses eintritt. Wertentscheidungen im Recht werden nicht als politische Entscheidungen bestimmt, sondern in ein methodisches (z.B. Hecks Wertungsnachvollzug) bzw. wissenschaftstheoretisches Problem der Bestimmung ‚normativer Wissenschaften‘ umgedeutet. Es geht letztlich um die Frage der wissenschaftlichen Handhabung des Sollens, d.h. um die Möglichkeit und Form einer Wissenschaft des Normativen, und nicht um das konkrete politische Sollen bzw. um die politische Entscheidung mit Blick auf das Recht (oder im Recht).⁶²⁰ Fasst man Recht und Politik als getrennte Bereiche auf, dann wird auch der rechtswissenschaftliche Diskurs entpolitisiert. Das zeigt sich dann zum einen darin, dass die politische Zu-

620 Carl Schmitt fasst dies dann in der Unterscheidung zwischen juristischem Normativismus (Hauptvertreter Kelsen) und Dezisionismus (idealtypisch Hobbes, vgl. Schmitt 1922), dem er sein „konkretes Ordnungsdenken“ entgegenstellen wird (vgl. Schmitt 1934).

ordnung der einzelnen Autoren, die die Methode in den Debatten kritisieren oder verteidigen, so gut wie keinerlei Rolle spielt.⁶²¹ Es wird ganz überwiegend vermieden, die eigene politische Positionierung ins Spiel zu bringen oder auf politische Positionierungen der jeweiligen Autoren Bezug zu nehmen. Stattdessen diskutiert man das Problem unter rein rechtstechnischen und -theoretischen Gesichtspunkten.⁶²² Zum anderen fällt es schwer, aus den rechtswissenschaftlichen Einlassungen eine solche politische Zuordnung zu rekonstruieren, nicht zuletzt aufgrund der politischen Entwicklungen hin zur Weimarer Republik. So stellt der Sinzheimer-Schüler Franz Neumann über das Freirecht im Jahr 1929 fest:

Vor dem Kriege wirkte das freie Ermessen zweifellos in weiten Maße fortschrittlich. Mit seiner Hilfe konnte man Breschen in die starre, reaktionäre Rechtsordnung legen. Damals erfüllte das Freirecht eine soziale Aufgabe. Heute jedoch muß die freiheitliche Rechtsprechung [...] notwendig reaktionär wirken. (Neumann 1929: 521; s.a. Fraenkel 1927: 45)

Das wirkt im Übrigen bis heute nach: Nach wie vor wird heftig darüber gestritten, welcher Ansatz denn nun die Politisierung des Rechts im Nationalsozialismus vorbereitet habe, etwa das (im NS als „nicht-arisch“ verpönte) Freirecht (vgl. z.B. Bloch 1985: 151f.; Behrends 1989; Rückert 2008) oder aber der – ebenfalls durch die NS-Theoretiker bekämpfte – Positivismus, wie in Folge von Gustav Radbruch lange Zeit geltend gemacht wurde (kritisch hierzu Walther 1989; Pauer-Studer 2014: 20ff.), um hier nur zwei prominente Narrative zu nennen.⁶²³ Jedenfalls bedeutet im juristi-

621 Ob etwa Sinzheimer oder Radbruch Sozialisten sind, spielt letztlich keine Rolle (vgl. zum „Juristensozialismus“ Ramm 1974/1975).

622 Mitteis' Einschätzung des Freirechts als eine politische und soziologische Bewegung, die eine Abänderung des bestehenden Rechtszustandes in politischer oder sozialer Hinsicht bewirken wolle (Mitteis 1909: Sp. 1038), stellt insofern eine Ausnahme dar.

623 Diese Frage wird meines Erachtens zumeist falsch gestellt, da die Vorbereitung der Möglichkeit der Pervertierung der Rechtsanwendung in der NS-Zeit auf der Reaktualisierung spezifischer Elemente einzelner Positionen bezogen (etwa: Freisetzung des Richters durch das Freirecht, freirechtliche Entnormativierung des Rechts oder moralische Entlastung des Richters durch den Positivismus) und nicht als Folge eines epistemischen Dispositivs gesehen wird, das sich entlang einer bestimmten Problemlage (*urgence*) entfaltet. Demgegenüber müsste man – der hier vertretenen Betrachtungsweise folgend – die Problematisierungsweise des Verhältnisses von Recht und Gesellschaft im NS untersuchen, was angesichts

schen Methodenstreit die Hinwendung zur Normativität auf der Ebene des rechtswissenschaftlichen Diskurses keine Hinwendung zur Politik.

Im Streit zwischen einem gesellschaftlich-funktionalen und einem normativ-teleologischen Verständnis des Rechts verfestigt sich die normative Betrachtung in der Rechtswissenschaft, gerade weil die Normativität die Problematisierungsweise des Methodenstreits ist.⁶²⁴ Und letztlich erfolgt erst über die Normativierung des Rechtsbegriffs und der Rechtswissenschaft die Autonomisierung und auch die Immunisierung der Rechtswissenschaft. Denn nun steht die Soziologie, jener notwendige Abgrenzungshorizont für die Rechtswissenschaft, „vor den Toren der Jurisprudenz“ (Lautmann 1971), da es der Rechtswissenschaft darüber zu befinden obliegt, in welchen Fall und für welche Tatsachen man ihr partiellen Zugang gewährt. Hierin liegt der strategische Einsatz der Normativität. Recht tritt aus dieser Perspektive in der (Privat-)Rechtswissenschaft nun nicht mehr primär in ein repräsentierendes oder ordnendes, sondern in ein wertendes Verhältnis zur Gesellschaft.⁶²⁵

V. Zusammenfassung

Angesichts der erfolgreichen Kodifikation des BGBs rückt für die Rechtswissenschaft das Problem der Interpretation und Anwendung des Rechts in den Vordergrund. Denn nun kann man auf den weiterhin bestehenden Modernisierungsdruck nur mit einem interpretatorischen Freiraum gegenüber der begrifflich hochpräzisen Kodifikation des BGBs reagieren (vgl. Haferkamp 2011a: Abs. 2). Von dieser Warte aus formiert sich die Kritik an

des normativen Zweckdispositivs dann die Entwicklung solcher Phänomene wie der Wertungsjurisprudenz oder der Moralisierung des Rechts (Pauer-Studer 2014: 20ff.) erklären könnte. Unter Umständen zeigen sich dann die extremen Möglichkeiten einer normativistischen Regierungstechnologie, die sich im Wandel des normativen Zweckdispositivs (so bereits im Weimarer Methodenstreit) entfaltet. Allerdings wäre eine solche These empirisch zu untersuchen.

624 Insofern wird auch verständlich, weshalb sich trotz harscher Kritik seitens zahlreicher Rechtswissenschaftler die Interessenjurisprudenz letztlich gegenüber den soziologischen Ansätzen im Freirecht durchsetzt – ein Umstand, der durch die Hinwendung der Rechtspraxis selbst zur teleologischen Methode in den Zwischenkriegsjahren gestützt wird (vgl. etwa Dombek 1969: 57ff.).

625 Das bedeutet zugleich: Erst dadurch tritt die Wert- und Wertungsorientierung ins Zentrum der Rechtswissenschaft. Aus diesem Grund handelt es sich auch bei der „reinen“ Begriffs- und Konstruktionsjurisprudenz nicht um eine Prinzipienjurisprudenz im normativen Sinne (vgl. Petersen 2008: 99 m.w.N.).

der herkömmlichen Rechtswissenschaft, die verstärkt als Begriffsjurisprudenz in Verruf gerät (*l'urgence*). Dabei wird deutlich, dass sich das richterliche Urteil keineswegs in einer logischen Ableitung erschöpft, sondern andere als juristisch-dogmatische Faktoren unausweichlich zum Tragen kommen, nämlich Wertungen und Werturteile. Die wissenschaftliche Behandlung dieses Problems erweist sich angesichts der nun hervorgehobenen Lückenhaftigkeit jeglicher Rechtssetzung als besonders dringlich, stößt die Begriffsjurisprudenz in solchen – aufgrund des gegenwärtigen schnellen gesellschaftlichen Wandels zudem vermehrt auftretenden – Situationen doch an ihre Grenzen.

Wenn die Angriffe gegen die Begriffsjurisprudenz nun im Namen der Wissenschaftlichkeit, der Rechtssicherheit und der drohenden Ungerechtigkeit einer lebensfernen Dogmatik erfolgen, so geschieht dies vor dem Hintergrund der Unausweichlichkeit des normativen Werturteils im Recht. Dabei wird einerseits erneut an der Rechtsentstehungslehre der Historischen Rechtsschule angesetzt: Recht wird als gesellschaftlich produziertes Recht verstanden, das als „gelebtes Recht“ jedoch nicht mehr im Gesetz die Gesellschaft repräsentiert, sondern in eine Gegenüberstellung von Recht und Gesetz mündet. Dieses Recht, das man als gesellschaftliche Tatsache wissenschaftlich erforschen kann, soll die Grundlage einer wie auch immer gearteten lebensnahen und wissenschaftlichen Fundierung des rechtlichen Urteils liefern. Andererseits wird im Anschluss an das gesellschafts-funktionale Zweckdispositiv die gesellschaftliche Ordnungsfunktion des Rechts in den Vordergrund gerückt. Allerdings wird nun die normative Seite im Rahmen der Konfliktlösung betont, was zu einer Teleologisierung des Rechtsverständnisses führt. Für beide Wege gilt, dass sie das Recht der Gesellschaft in den Blick nehmen und nicht die Gesellschaft im Recht suchen – und das vor dem Hintergrund des Problems der wissenschaftlichen Handhabung der Normativität im Recht.

Bei der Diskussion dieser Problemlage auf der genuin juristischen Methodenebene zeigen sich dabei zwei Wege der strategischen Wiederaufladung des gesellschafts-funktionalen Zweckdispositivs: Auf der einen Seite wird ein Rekurs auf die Soziologie gefordert, indem man explizit juristisch zu verortende „soziologische Methoden“ entwickelt, die das richterliche Urteil wissenschaftlich zu begründen vermögen; auf der anderen Seite führt diese Frage zu einer Teleologisierung des Rechts und der Rechtsanwendung, die auf das Wertungsmoment in der Interessenabwägung abstellt. Der Zweck im Recht erscheint also einerseits in einem gesellschaftlichen Werturteil, das man soziologisch fundieren könnte, und andererseits in einem über rechtswissenschaftliche Methoden zu behandelnden Telos, dem über den Nachvollzug der empirisch zu ermittelnden Wertung zu be-

gegenen sei. Das Verhältnis von Faktizität und Normativität des Werturteils im Recht steht letztlich im Mittelpunkt der jeweiligen Ansätze.

In der Diskussion und v.a. auch in der Kritik dieser Ansätze findet ein Wechsel auf die wissenschaftstheoretische Ebene statt. Die beiden zentralen Streitpunkte dieser Perspektive, d.h. die Frage nach der Rolle der Soziologie in der Rechtswissenschaft sowie das Bestimmungsproblem des Wesens der Rechtswissenschaft, werden nun überwiegend über die Problematisierung des Verhältnisses von Sein und Sollen angegangen. Indem sich diese Verlagerung auf die wissenschaftstheoretische Ebene verfestigt, erhält die normative Seite des Rechts ihre strategische Funktion im Diskurs. Denn daraus folgen gewichtige Verschiebungen im epistemischen Dispositiv der Privatrechtswissenschaft:

Im Zuge des Wechsels auf die wissenschaftstheoretische Ebene geht die Privatrechtstheorie in einer allgemeinen Rechtstheorie auf. Damit löst sie sich zugleich von der Gesellschaftstheorie (s.o.). Mehr noch: Die Soziologie tritt nun in Konkurrenz zur Rechtswissenschaft. Denn ausgehend von der Kritik an der Lebensferne und den drohenden Ungerechtigkeiten der Begriffsjurisprudenz (*l'urgence*) muss man sich einerseits der gesellschaftlichen Seite des Rechts zuwenden – und in diesem Sinne kommt die Soziologie ins Spiel. Da die Forderung einer Hinwendung zur Soziologie aber andererseits die Autonomie der Rechtswissenschaft als eigenständige Disziplin gefährdet, wird der daraus entstehenden Konkurrenzsituation nun auf der wissenschaftstheoretischen Ebene über die Unterscheidung der Wissens- (und Wirklichkeits-) Formen begegnet. Die Soziologie tritt als Seinswissenschaft der Rechtswissenschaft gegenüber, die in welcher Form auch immer an das Sollen gekoppelt wird.

Wenn dabei der Wissenschaftscharakter sowohl der Soziologie als auch der Rechtswissenschaften umstritten bleibt, so eint diese Ansätze, dass sie allesamt um die Verhältnisbestimmung der nun über Sein und Sollen voneinander getrennten Disziplinen ringen – sei es, dass über die Hinwendung zur Soziologie einer sollensbezogenen Jurisprudenz der Wissenschaftscharakter abgesprochen wird; sei es, dass von einem Wechselverhältnis ausgegangen wird und/oder dass der Hinwendung zu den Tatsachen des Rechts mittels der Soziologie als Vorbereitung und notwendige Ergänzung (mit dem Potential zur Irritation) verstanden wird; sei es, dass die gesonderte Disziplin der Rechtssoziologie eine Vermittlungsposition einnimmt; oder sei es, dass mit Blick auf den normativen Charakter der Normen der Soziologie die Fähigkeit zur rechtswissenschaftlichen Arbeit (bzw. wissenschaftlichen Arbeit am Recht) abgesprochen wird. Ausgetragen wird ein Werturteilsstreit in umgekehrter Perspektive: nicht die Frage, ob man von Tatsachen zu Sollensaussagen gelangen könne, sondern ob

man angesichts der Unausweichlichkeit des Werturteils im Recht bzw. im richterlichen Urteil Tatsachenerkenntnisse integrieren könne, und damit eine Hinwendung zur Soziologie zu erfolgen habe. Darüber wird in den verschiedenen Positionen gestritten – und über die unterschiedlichen Beantwortungen dieser Frage, die am Rechtsbegriff und in der Rechtstheorie ansetzen, scheiden sie sich.

Die Soziologisierungsversuche der Rechtswissenschaft, die auf die Verfestigung des gesellschafts-funktionalen Zweckdispositivs in der Debatte um die Kodifikation des BGBs folgen, führen dabei letztlich zu einer Normativierung im Selbstverständnis der Rechtswissenschaften – und zwar auf breiter Front und selbst bei Befürwortern einer Hinwendung zur Soziologie. Diese Normativierung wiederum bewirkt eine Autonomisierung der Rechtswissenschaft gegenüber den Erkenntnissen der Soziologie, die nun als wissenschaftstheoretisch different eingeschätzt wird und deren Beziehung zur Rechtswissenschaft daher nun geklärt werden muss.⁶²⁶ Die Rechtswissenschaft bildet auf der Ebene ihrer Selbstbeschreibung und Methodenlehre damit normativistische Techniken aus, die es ihr (zunehmend) ermöglichen, sich von den Zumutungen der empirischen Wissenschaften zu befreien. Und genau damit bewirkt sie eine Immunisierung eines sich unpolitisch verstehenden Rechts gegenüber der Gesellschaft, der sie nun wertend gegenüber tritt.

Diese Verschiebungen gegenüber dem gesellschaftsfunktionalen Zweckdispositiv erklären zugleich die sehr ambivalenten Rekurse auf Jhering: Vor dem Hintergrund eines privatrechtlichen Diskurses, der sich entlang der Problematik der Normativität des Rechts, sein als Telos verstandener Zweck, entfaltet, erscheint es weder verwunderlich, wenn um zentrale Moment des Jhering'schen Zweckdenkens gerungen wird, noch, dass man ihn mit seinem *Zweck* als Urheber der neuen Bewegung ansieht (vgl. etwa Gmelin 1910b: 3; Kantorowicz 1925: 38f.; Heck 1912: 5; Nußbaum 1914:

626 Aus dieser Perspektive heraus, nämlich der Normativierung des Rechtsbegriffs und darüber der Rechtswissenschaft, werden dann auch die Anmaßungen der Soziologie kritisiert, selbst zu Aussagen über das Recht als genuin normativer Gegenstand bzw. generell zu normativen Aussagen gelangen zu können. So gerät etwa Durkheims Moralwissenschaft ins Visier der Kritik von Kelsen und auch – vermittelt über Leon Duguits Arbeiten zum Recht – von Carl Schmitt (vgl. hierzu insbesondere Terrier 2017). Bei Kelsen mündet diese Kritik in den 1910er und 20er Jahren in dem Nachweis, dass die Soziologie als eigenständige Wissenschaft unmöglich und vor allem sinnlos sei. Später relativiert er diese harsche Ablehnung (vgl. hierzu Balog 1983).

8). Schon im Methodenstreit Anfang des 20. Jahrhunderts gilt, wie Radbruch rückblickend beschreibt:

Vor allem aber ist Jherings Lehre für die Jurisprudenz von unermeßlicher Wirkung geworden: Erscheinungen wie die Interessenjurisprudenz, die freirechtliche Bewegung, die teleologische Begriffsbildung sind von ihm ausgegangen und haben ihrerseits die Rechtspraxis für sich gewinnen gewußt. Im Zweckgedanken war eine bisher vernachlässigte Seite des Rechts wirksam zum Ausdruck gekommen. (Radbruch 1965: 10)

Auch wenn nun – angesichts des Rekurses auf die Soziologie als Ausdruck des geforderten Lebensbezugs – eine wie auch immer geartete gesellschaftswissenschaftliche Fundierung am Horizont aufscheint, so erfolgt trotz allem keine Auseinandersetzung mit Jherings Begründung der Rechtswissenschaft in der Gesellschaftslehre. Jherings Arbeit am Begriff der Gesellschaft, die letztlich als Basis seiner Zweckerläuterung anzusehen ist, vermag Anfang des 20. Jahrhunderts genauso wenig wie in der außerjuristischen Rezeption und im gesellschafts-funktionalen Zweckdispositiv zu überzeugen. Vielmehr gilt es nun, durch die Problematisierung des Verhältnisses von Sein und Sollen den Angriff auf die Autonomie der Rechtswissenschaft in Jherings gesellschaftstheoretisch fundierter Herangehensweise abzuwehren. Dies führt zu einer Normativierung des Rechtsbegriffs und der Rechtswissenschaft, die in Jherings ambivalentem Zweckbegriff das teleologische Moment hervorhebt. Daher erstaunt es auch nicht, dass Jhering mit seinem *Zweck* als Vorreiter einer solchen Hinwendung zur Normativität angesehen wird (vgl. Heck 1912: 5). Er gilt nun – so Kantorowicz – als Vorreiter einer finalistischen Epoche in den Rechtswissenschaften, wie sie insbesondere die Freirechtsbewegung verwirklichte: Der Finalismus gehe nicht vom Gesetzesbuch, sondern vom „Sinn“ der Wirklichkeit aus, von den als wertvoll erachteten Zwecken und Bedürfnissen des sozialen, geistigen, sittlichen Lebens“ (Kantorowicz 1970 [1914]: 1). Damit wird eine realistische Perspektive propagiert, die jedoch zugleich das wertende Moment im Recht hervorhebt, ein Finalismus, der also nicht unter dem Kausalgesetz, sondern als Telos anzusehen ist.

Die Spannung, die in Jherings Zweck zwischen gesellschaftswissenschaftlicher und normativer bzw. zwischen funktionaler und teleologischer Perspektive im Rahmen seines Sozialutilitarismus besteht, wird auch im Rekurs auf Jhering nun zum Ausgangsproblem des Methodenstreits in den Rechtswissenschaften. Dies mündet in eine Normativierung des Rechtsverständnisses und der Rechtswissenschaft. Wenn also im normativen Zweckdispositiv eine Verkürzung der Rezeption des Jhering'schen

Zweckdenkens zu erkennen ist, die dessen gesellschaftstheoretische Überlegungen außen vor lässt, so führt das zum wissenschaftstheoretischen Streit über das Verhältnis von Sein und Sollen.

Die verschiedenen Ansätze im Methodenstreit bleiben bis in die 1920er Jahre in dieser Problematisierung des Verhältnisses von Sein und Sollen verfangen, die zu der Frage der Verhältnisbestimmung von Soziologie und Rechtswissenschaft führt.⁶²⁷ Anders formuliert: Das normative Zweckdispositiv in der Privatrechtswissenschaft zeichnet sich im Methodenstreit angesichts des Zwecks im Recht, der immer auch auf eine gesellschaftliche Ebene verweist, durch den Versuch der Bestimmung der Rolle der Erkenntnis gesellschaftlicher Tatsachen für die Rechtswissenschaften aus – und bleibt damit selbst über die Abgrenzung der rechtswissenschaftlichen Tätigkeit vom soziologischen Blick in weiten Teilen dem Versuch einer Anbindung an die gesellschaftliche Praxis verpflichtet. Allenfalls Kelsen bricht in seiner radikalen Reinigung der Rechtswissenschaften aus diesem Schema aus, wobei selbst er immer wieder die Notwendigkeit soziologischer Forschung betont (vgl. Balog 1983: 515), auch wenn es sich dabei aber nicht um Rechtswissenschaft handele.⁶²⁸ Wenn also die Rechtswissenschaft über ihren Gegenstand oder ihren Wissenschaftscharakter in ein wertendes Verhältnis zur Gesellschaft tritt, so wird dieser Spannungsscharakter im normativen Zweckdispositiv aufrechterhalten. Und die Soziologie steht zu Beginn des 20. Jahrhunderts in direkter Konkurrenz zur Rechtswissenschaft.

627 In diese Diskurslage sind auch die im Rahmen der staatstheoretischen Debatten anzusiedelnden marxistischen Ansätze etwa von Franz Neumann und Otto Kirchheimer einzuordnen, die beide in den 1920er und -30er Jahren das Verhältnis von Klassenstruktur und Recht problematisieren (vgl. hierzu Buckel 2007: 80ff.).

628 Letztlich markiert er m.E. einen Übergang zu einer neuen Problematisierungsweise von Recht und Gesellschaft, die sich v.a. im Methodenstreit der Weimarer Staatsrechtslehre entfaltet und in Texten wie Carl Schmitts *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens* (Schmitt 1934) zum Ausdruck kommt. So wird in Folge die rechtswissenschaftliche Methode etwa über die Fragen nach Staat, Verfassung, Souveränität, politischer Form und Erkenntnistheorie problematisiert. Diese Thesen bedürfen allerdings ebenfalls konkreter empirischer Forschung.